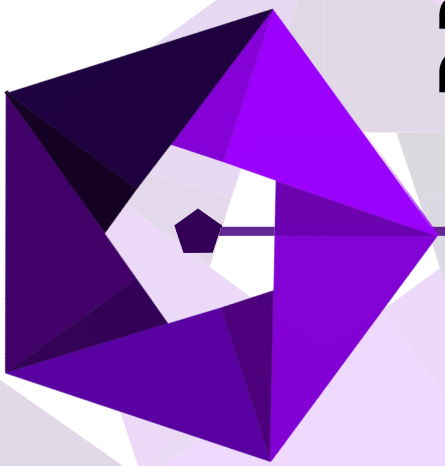
ACTAS

VII Y VIII JORNADAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIA JURÍDICA 2024 Y 2025



Compiladores
Ezequiel Valicenti
Mariana Brocca
Daniela Bardel

FACULTAD DE DERECHO
UNICEN

EDITORIAL AZUL S.A.

Dirección Editorial: Gonzalo Berrios

Diseño Editorial: Antonella Scavuzzo

VII y VIII Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica
/ Ivana Cajigal Cánepa ... [et al.].
- 1a ed. - Azul: Del Azul, 2026.
Libro digital, PDF

ISBN 978-950-9516-85-4

1. Derecho. I.
CDD 340

Impreso en Argentina

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

VII y VIII JORNADAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIA JURÍDICA

2024 y 2025

Compiladores
Ezequiel Valicenti
Mariana Brocca
Daniela Bardel

VII y VIII Jornadas de Investigación en ciencia jurídica Facultad de Derecho (UNICEN)

Azul, 19 y 20 de septiembre de 2024

Azul, 6 y 7 de noviembre de 2025

Comité Asesor

Laura María Giosa (CEDH – Facultad de Derecho, UNICEN)

Guillermina Zabalza (IEJUS – Facultad de Derecho, UNICEN)

María Victoria Schiro (IEJUS – Facultad de Derecho, UNICEN)

Alfredo Fernando Ronchetti (CIEP – Facultad de Derecho, UNICEN)

Santiago Duhalde (CIEP – Facultad de Derecho, UNICEN)

Gabriel Di Giulio (IEJUS – Facultad de Derecho, UNICEN).

Comité Científico

Ezequiel Valicenti (IEJUS – Facultad de Derecho, UNICEN)

Daniela Bardel (CIEP – Facultad de Derecho, UNICEN)

María Paz López (CEIPIL – Facultad de Derecho, UNICEN)

Mariana Brocca (CEDH- IEJUS – Facultad de Derecho, UNICEN)

Esteban Marmeto (IEJUS – Facultad de Derecho, UNICEN).

Compilación de las Actas

Ezequiel Valicenti (IEJUS- Facultad de Derecho, UNICEN)

Mariana Brocca (CEDH, IEJUS- Facultad de Derecho, UNICEN)

Daniela Bardel (CIEP- Facultad de Derecho, UNICEN)

Revisora de estilo académico

Daniela Pereyra (UNICEN)

Presentación

Las VII y VIII Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica tuvieron lugar en la ciudad de Azul, los días 19 y 20 de septiembre de 2024 y 6 y 7 de noviembre de 2025, respectivamente. En ambas ediciones se optó por una modalidad híbrida que combinó actividades presenciales y virtuales, lo que permitió ampliar significativamente el alcance del encuentro y fortalecer la participación de investigadores e investigadoras provenientes de distintos puntos del país y de América Latina. Este crecimiento da cuenta de la consolidación de las Jornadas como uno de los principales espacios institucionales para la presentación, discusión y difusión de la producción científica de nuestra comunidad académica. Cada nueva edición reafirma, además, una convicción que orienta el trabajo cotidiano de la Facultad: la investigación constituye una dimensión esencial de la universidad pública y un componente indispensable para la construcción de conocimiento crítico, plural y comprometido con los desafíos de nuestro tiempo.

Las Jornadas han experimentado un crecimiento sostenido que se refleja no sólo en el número de trabajos presentados, sino también en la diversidad de temas abordados, en la participación de investigadores e investigadoras de distintas universidades y centros de investigación, y en la creciente incorporación de estudiantes, becarios y becarias que encuentran en este espacio una oportunidad para compartir sus primeros avances y dialogar con colegas de diferentes trayectorias académicas. De este modo, las Jornadas se han consolidado como un ámbito de intercambio intergeneracional y de fortalecimiento de las redes de investigación.

La edición cuyas Actas presentamos da cuenta de esa consolidación. Los trabajos aquí reunidos reflejan la amplitud de agendas que atraviesan actualmente la investigación jurídica, así como la riqueza de enfoques teóricos y metodológicos desde los cuales se producen esos aportes. Al mismo tiempo, evidencian el compromiso de investigadores e investigadoras con problemas relevantes para nuestras instituciones democráticas, nuestras comunidades y la vigencia efectiva de los derechos.

Las Actas permiten prolongar los intercambios que tuvieron lugar durante las Jornadas y ponerlos a disposición de nuevos lectores y lectoras, dando lugar, quizás, a un diálogo silencioso con el/la autor/a. Cada trabajo

constituye una contribución singular a un esfuerzo colectivo más amplio: la producción y circulación de conocimiento científico. Con cada nueva edición, esta publicación va conformando un acervo que testimonia la evolución de las líneas de investigación desarrolladas en nuestra Facultad y los vínculos académicos construidos con otras instituciones del país y del exterior.

Queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento a quienes participaron de las Jornadas presentando sus investigaciones, coordinando mesas, evaluando trabajos y colaborando en las múltiples tareas que demanda la organización de un encuentro de estas características. Asimismo, reconocemos especialmente el compromiso de docentes, investigadores, investigadoras, becarios, becarias, estudiantes y personal no docente que, desde distintos espacios institucionales, contribuyen año tras año a sostener y fortalecer este proyecto colectivo. Por su parte, Editorial Azul concreta, año a año, un trabajo editorial de excelencia con la preparación de estas Actas. A todos y a todas, nuestro más sincero agradecimiento.

Esperamos que estas Actas permitan continuar los diálogos iniciados durante las Jornadas, generen nuevas preguntas y contribuyan a fortalecer una comunidad académica comprometida con la investigación, la reflexión crítica y la producción de conocimiento de calidad.

Ezequiel Valicenti

Mariana Brocca

Daniela Bardel

VII Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica (2024) 11

Derecho de familia y de la persona 13

Cajigal Cánepa, Ivana – *Alcances del consentimiento informado en situaciones dilemáticas: análisis en perspectiva bioética y jurídica.* 15

Di Giulio, Lucía – *Eutanasia ¿buena muerte? Un análisis bioético de la sentencia 67-23-IN/24 de la Corte Constitucional de Ecuador.* 27

Zabalza, Guillermina – *Horizontes de la autonomía de la voluntad al final de la vida. Un abordaje interseccional.* 41

Derecho Internacional Público y Derechos Humanos 53

Aladro, Almendra – *¿Para ir afuera a hacer qué?: tensiones entre producción, reproducción, tiempo libre y ocio en ciudades turísticas desde una perspectiva de género.* 55

Castañeda Hernández, Mireya – *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el siglo XXI.* 67

Lloret, Elsa María del Carmen – *La autonomía municipal en la provincia de Buenos Aires: una asignatura pendiente a 30 años de la reforma constitucional de 1994.* 85

Martín Lorenzatti, Mirian – *Acompañar, formarse y gestionar desde el territorio: el trabajo de las Promotoras en Prevención de Violencia de Género de la CCC La Pampa.* 105

Ormar, Camila – *Breves comentarios a partir del proyecto de investigación "La transversalidad del género en la enseñanza del derecho: situación actual, avances y obstáculos en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Unicen".* 119

Epistemología y metodología de la ciencia jurídica 135

Bailo, Gonzalo y Marichal, María Eugenia – *El papel de la dogmática en la investigación jurídica. Reflexiones desde un taller de metodología para abogados/as.* 137

Filosofía y Teoría General del Derecho 151

Juri, Yamila E. – *Protección de derechos en la era del Machine Learning: Desafíos y oportunidades.* 153

Salvi, Nicolás – *Territorios cercados: Bordeando las limitaciones del numerus clausus en Argentina.* 165

VIII Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica (2025) 177

Derecho Internacional Público y Derechos Humanos 181

Araujo Poumé, Julia I. – *No hay trabajo sin atajo en el Lejano Oriente. El intercambio laboral Norcoreano-Ruso y la elusión de la responsabilidad estatal.* 183

Castañeda Hernández, Mireya – *Género y derechos humanos en el Constitucionalismo Latinoamericano.* 197

Landeyro, Camila W. y Manrique, Cecilia A. – *Desregulación, contratos de medicina prepaga y derecho a la salud: tensiones jurídicas a partir del DNU 70/2023.* 207

Sabalúa, Francisco M. y Erreguerena, Lisandro O. – *Garantismo y control disciplinario: Una revisión constitucional sobre la regla de la irrecurribilidad de actos en el procedimiento de los Colegios Profesionales de Abogados.* 219

Epistemología y metodología de la ciencia jurídica 235

Bailo, Gonzalo y Marichal, María Eugenia – *El derecho comparado en la investigación jurídica. Reflexiones desde un taller de metodología para abogados/as.* 237

Filosofía y Teoría General del Derecho 249

Di Giulio, Lucía – *Filosofía del Asentimentalismo: una mirada desde la justicia epistémica desde la teoría de Hannah Arendt.* 251

Puppio Zubiría, Tomás – *La Universidad en contextos de encierro y el acceso a la justicia: apuntes para una praxis de transformación.* 261

Vazzano, Florencia – *La emersión de los cuidados como objeto de estudio autónomo. Construcciones teóricas frente a la injusticia epistémica.* 267

VII

JORNADAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIA JURÍDICA

(2024)

DERECHO DE FAMILIA Y DE LA PERSONA

Alcances del consentimiento informado en situaciones dilemáticas: análisis en perspectiva bioética y jurídica

Cajigal Cánepa Ivana

CICJ-FCEyJ-UNLPam

Resumen

Uno de los principios fundamentales del ejercicio del derecho a la salud redunda en la autodeterminación del/de la paciente, sustentado en su autonomía, como principio general y, en perspectiva bioética, en la competencia en relación a las decisiones vinculadas al propio cuerpo. A partir de allí, una vez superado el paternalismo médico y de algún modo horizontalizada la relación profesional de la salud/paciente, resulta insoslayable la necesidad de contar con el consentimiento informado de los/as pacientes con carácter previo a toda práctica o tratamiento. Se trata de una obligación bioética y jurídica que se traduce como regla general en todas las legislaciones contemporáneas en la materia, sin perjuicio de las excepciones que la realidad amerita considerar.

En esta oportunidad, nos proponemos analizar aquellos casos en los que la evaluación de la competencia decisoria del paciente reviste las características propias de un dilema, pues no implica un mero desacuerdo moral, sino que se presenta como una situación que *a priori* aparenta no tener solución posible. Ciertamente, alguna decisión debe tomarse, pero ella resulta altamente controvertida en el plano bioético.

Intentaremos abordar la temática desde una perspectiva que contemple los planos bioético y jurídico, en el entendimiento de que ninguna de dichas dimensiones puede ser obviada. Para ello, analizaremos los aportes de las teóricas clásicas, como el deontologismo kantiano, pasando por el principismo en tanto teoría de ineludible consulta en la temática y otras actuales como la propuesta de Brock, focalizando en las condiciones que de mínimo deben cumplirse para poder hablar de un consentimiento informado válido.

Desde la perspectiva jurídica, retomaremos el abordaje internacional en la materia, fundamentalmente a partir de los principios sentado por la

Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente de la Asociación Médica Mundial, como así también la legislación nacional, focalizando en este último sentido en los alcances interpretativos de del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley 26529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la salud.

1. El consentimiento informado: exigencia jurídica y bioética

Es hoy un principio insoslayable la necesidad de contar con carácter previo a toda práctica o tratamiento de salud, contar con el consentimiento previo, informado y libre del/de la paciente. Se trata de una exigencia insoslayable de fuerte impronta bioética que es hoy reconocida tanto en el plano internacional como en las legislaciones nacionales, normativas que dan cuenta de su unánime recepción. En nuestro país, el artículo 59 del Código Civil y Comercial[1], en el antepenúltimo párrafo del artículo 59[2], al igual que la ley especial en la materia N° 26529 en su artículo 6[3] reconocen expresamente esta necesidad, de la que se deriva que si no se cuenta con un consentimiento informado válido del/de la paciente no podría llevarse adelante ningún acto médico.

A su tiempo, la legislación también regula la posibilidad de que cuando el/la paciente no pueda expresar su voluntad en ese momento y no lo hubiera hecho con anterioridad, otras personas puedan emitirlo en su reemplazo, lo que se verifica cuando resulta necesario contar con este por mediar una situación de emergencia y exista un riesgo cierto e inminente para la vida o la salud que requieran una pronta decisión. Se trata del/de la representante legal, el/la apoyo, el/la cónyuge, el/la conviviente y el/la pariente o el/la allegado/a que acompañe al/ a la paciente[4]. De ello, podríamos entender la pretensión legislativa de que el consentimiento sea expresado por quienes conocen a ese/a paciente y, a partir de allí, se encuentran en mejores condiciones de expresar la voluntad conforme la decisión que mejor responda a los intereses, principios, prácticas, concepciones ideológicas, morales, éticas, u otras razones del/ de la paciente.

---

[1] En adelante, e indistintamente, C.C.C.

[2] "Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario".

[3] "Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

[4] Artículo 59, último párrafo del C.C.C.

A su vez, también se prevé el supuesto de que ninguna de las personas nombradas se encontrare presente o en condiciones de expresar su voluntad, en cuyo caso sólo se autoriza la actuación del profesional de la salud a prescindir de dicho consentimiento cuando se tratare de una actuación que revista el carácter de urgente y tuviera la finalidad de evitarle al/a la paciente un mal grave[5].

La normativa vigente también regula en particular el caso de los/as niños/niñas y adolescentes, realizando presunciones de competencia *a priori,* conforme pautas etarias. Así, presume que, en el caso de los niños y niñas, si bien tienen derecho a ser informados y a intervenir conforme su edad y grado de madurez en las decisiones vinculadas a su salud, la decisión debe ser tomada por sus representantes legales. Dentro de los/as adolescentes, establece soluciones diferenciadas conforme su edad: a) a partir de los 16 años, será considerado un adulto en relación a su cuerpo y su salud, pudiendo decidir por sí toda práctica, salvo aquellas para las que expresamente se requiera mayoría de edad, como trasplantes, cirugías vinculadas a modificaciones en la identidad de género autopercibida, etcétera; b) de 13 a 16 años, exige la norma distinguir si se trata de tratamientos invasivos o que puedan poner en riesgo grave la vida o la integridad física. Si no lo es, podrá el/la adolescente consentir la práctica por sí mismo/a; en cambio, si reviste tal carácter, y sin perjuicio de que el consentimiento le es exigido a el/ella, deberá contarse también con el asentimiento de sus representantes legales y, si éste no existiere, la cuestión debe resolverse judicialmente sobre la base de la opinión médica[6].

2. Problemas y dilemas morales. Alcances

Ahora bien, en este marco normativo, la cuestión sobre la cual deseamos problematizar en esta ponencia es el caso de personas que no se encuentran imposibilitadas de expresar su voluntad, pero que las particulares circunstancias personales en ese contexto determinado, abren el interrogante si verdaderamente son competentes bioéticamente de comprender la información sanitaria que se les ha brindado y, en consecuencia, poder emitir un consentimiento informado válido, que dé cuenta de una decisión razonada.

De esta forma, si focalizáramos nuestra atención en el caso de los/as adolescentes que se expresaran en sentido contrario a sus progenitores/as, ¿qué opinión debe prevalecer? ¿Será la suya o la de sus representantes la decisión que redunde en su interés superior? En este punto, se abre paso a otra cues-

[5] Artículo 59 del C.C.C., *in fine.*

[6] Todo ello conforme las disposiciones del art. 26 del C.C.C.

tión relevante: los/as progenitores/as que deben prestar su asentimiento, ¿son competentes para ello? En definitiva, y tanto en relación al/a la adolescente y su progenitor/a ¿podemos hablar siempre de actos plenamente voluntarios?

Una primera herramienta de utilidad para resolver algunas cuestiones, que entendemos fundamental y que en la praxis suele pasarse por alto, es la distinción entre problemas y dilemas bioéticos. Se trata de dos conceptos con alcances diversos muchas veces tomados erróneamente como sinónimos, bajo la segunda denominación.

Los problemas morales respecto de la decisión que debe adoptarse se producen ante el desacuerdo entre quienes deben tomarla respecto a cómo debe resolverse un caso particular. Muchas veces, estos problemas no son genuinos desacuerdos, sino posiciones que se presentan antagónicas ante fallas en la comunicación, sin que haya un verdadero problema moral.

De allí que en los equipos profesionales, sobre todo cuando en la institución se cuenta con un comité de bioética clínica, en general de carácter interdisciplinario, se puede contribuir con mayor facilidad a la solución del problema. Suelen sugerirse como recursos para propiciar una solución en estos casos, asegurar que las personas dispongan de información objetiva sobre el caso concreto y de claridad definicional, entendida como la definición unívoca y clara manejada por todos los participantes; el empleo de ejemplos y contraejemplos, pues muchas veces el desacuerdo se suscita en el plano teórico y no en el análisis de casos concretos; la focalización en el análisis de los argumentos como recurso para evaluar las diferentes posiciones que pudieran surgir de la discusión; la referencia a determinados códigos deontológicos; entre otros.

Ahora bien, a diferencia de los mencionados problemas o desacuerdos morales que, en muchas ocasiones, con una intervención oportuna de personal competente, pueden ser resueltos, otras veces nos encontramos frente a verdaderos dilemas morales que, por sus características intrínsecas, no parecen *a priori* tener solución, al menos si pretendemos que esta surja del acuerdo entre las partes. Dentro de los dilemas morales, a su vez, podemos distinguir dos subtipos. Por un lado, aquellos en que existe una parte de la evidencia científica que indique una opción como moralmente correcta; en tanto otros estudios o investigaciones dan cuenta de lo contrario; por tanto, el avance científico al momento no es concluyente sobre la "mejor" decisión. Y, por otro lado, aquellos dilemas en que alguna de las personas, según los dictados de "su moral", es decir, de sus convicciones éticas individuales, entiende que debería tomarse una decisión; en tanto que otra persona, por idénticas razones, sostiene la posición contraria. Aquí nos encontramos entre un dilema en-

tre obligaciones morales en las que ninguna de ellas prevalece, lo que conlleva la dificultad expresa de la difícil determinación de cuál es la decisión que debe tomarse, pues necesariamente habrá que optar por una.

3. La facultad de consentir informadamente en casos dilemáticos. Aproximaciones desde las teorías bioéticas

Quien analiza el dilema, aun cuando se trate de una cuestión sometida a decisión judicial, podría concluir en soluciones opuestas según los dictados de la moral, conforme la/s teoría/s bioética/s que utilice como base. Frente a un dilema, podrían pensarse argumentaciones válidas tanto favorables como contrarias a la realización de la práctica, donde ninguna de ellas predomina claramente, no pudiéndose sostener una ponderación de deberes morales contundente.

3.1. Aportes del deontologismo kantiano

Desde esta perspectiva, la acción debería apartarse de los imperativos hipotéticos que pudieran presentarse en el caso concreto, que sólo serían válidos para esta situación, y actuar satisfaciendo el imperativo categórico, emanado de la razón, incondicionado. Sólo así la acción sería moralmente correcta y se actuaría por deber.

La primera formulación del imperativo exige que la acción pueda generalizarse, convertirse en ley universal, pues su moralidad no puede evaluarse por las consecuencias directas en un caso, como propondrían los consecuencialistas. La obligación de utilizar las herramientas al alcance para salvar a una persona o mejorar su calidad, podría convertirse en ley universal, pues todo agente racional siempre debería actuar así.

Focalizándonos en los deberes que se presentan, podría pensarse en el de autoperfección del equipo de salud, entendiendo que existe una obligación especial como agentes morales de propender a salvar a sus pacientes. Quizás es más evidente el deber de promover la felicidad o el bienestar del/de la paciente, pues ello redunda en la relación médico/a-paciente.

Si pensamos en términos de deberes perfectos e imperfectos, el hecho de realizar la práctica (y en tanto ello permitiría mantener con vida al paciente o brindarle una mejor calidad de vida) podría considerarse un deber perfecto

que obliga siempre e incondicionalmente, pues sería una contradicción de la razón, en el pensar, que haya médicos/as u otros operadores en salud que no procuren salvar un/a paciente.

Ahora bien, en cada situación dilemática, podemos advertir también otros deberes que pesan sobre los profesionales: el de ayudar, contener, acompañar al/ a la paciente y su familia, que son imperfectos, generan contradicciones de la voluntad, en el plano del querer, y son obligatorios en tanto no impliquen violar un deber perfecto; si lo hicieran, debieran cesar.

A veces, la realización de una práctica constituye una acción que se corresponde también con la segunda formulación del imperativo que obliga a actuar tratando a la humanidad como un fin en sí misma, siendo el respeto a los seres racionales incondicional, pues estos poseen una dignidad intrínseca que opera como límite al accionar. Desde el deontologismo, no podría aceptarse ninguna acción contraria a la dignidad del/de la paciente y ello no depende de juicios subjetivos.

3.2. Aportes del principismo de Beauchamps y Childress

Resulta al menos complejo determinar cuál es la obligación real[7] que tiene el equipo médico en situaciones dilemáticas. La propuesta del principismo es pluralista. Las obligaciones reales van a depender de la ponderación de cuatro principios, que obligan *prima facie* pero exigen ser revisados, pudiendo dejarse de lado en un caso. Ello, dado que no son absolutos, y cuando entran en conflicto, requieren ponderarse, pudiendo llegar incluso a expresarse razones que justifiquen diferentes acciones posibles. Estos principios operan en tanto obligaciones *prima facie,* como punto de apoyo que permite justificar éticamente acciones específicas en el área médica (Luna & Riguetti, 2018).

Para emitir un juicio particular no puede caerse en meras subjetividades: una acción concreta debe fundarse en reglas que la justifiquen y estas en principios que, a su vez, se expliquen en una teoría, si bien no hay una única válida. El principismo propone entonces analizar cada situación concreta a la luz de los cuatro principios:

El principio de beneficencia, exige realizar acciones concretas en beneficio del/de la paciente, obligando a preguntarnos en qué medida la práctica

[7] Denominación adoptada por oposición a las obligaciones *prima facie*. Las primeras, a diferencia de las segundas, no constituyen obligaciones absolutas y que pueden ser abandonadas conforme las circunstancias lo ameriten.

o tratamiento lo es. En este punto, Beauchamps y Childress distinguen dos "sub-principios": la utilidad, que balancea riesgos y beneficios de la práctica para el/la paciente frente a otros argumentos que podrían indicar lo contrario; y, por otro lado, la beneficencia positiva, que conduce a evaluar la práctica en la medida en que contribuya a la promoción del bienestar de la persona.

Existen a su vez algunas reglas morales que se siguen de la beneficencia y que revisten trascendencia: evaluar cuál es la práctica que contribuye a proteger en mayor medida los derechos del/la paciente y prevenirle o disminuirle eventuales daños que redunden en su vida, o en la calidad de ella. En ocasiones, ello implica el diseño e implementación de políticas públicas para acompañar el proceso, tanto para el/la paciente como para su familia.

Por otro lado, los casos deben también ser analizados en perspectiva de "beneficencia específica" para con el paciente en consideración de sus eventuales vulnerabilidades. Ello permite limitar la discrecionalidad de quien deba decidir al respecto, debiendo actuar en beneficio de su paciente, aun cuando ello revista tinte paternalista.

Otro de los principios propuestos es el de no maleficencia. Deberá en este punto evaluarse en qué medida abstenerse de realizar la práctica podría provocar un daño al paciente y cuál sería su gravedad. Incluso, el principio podría ilustrarse en otra regla moral específica: no privarás a una persona de los bienes de la vida.

En relación a la justicia, se exige propender a un mejor cuidado de la salud para todas las personas en igualdad, no pudiendo argumentarse con entidad para impedir una única -o, al menos, claramente más beneficiosa- alternativa terapéutica, situaciones reales o valores sustentados por el entorno, aun cuando se trate de los/as progenitores. El norte que debe seguir la decisión a adoptarse deberá redundar en las opciones que en mayor medida aseguren una vida digna para el/la paciente, su bienestar y el respeto de su dignidad, lo que constituye un objetivo primordial.

El cuarto principio - que, en relación al consentimiento informado, adquiere particular importancia, pues es la base sobre la que se erige - es la autonomía. Generalmente, las decisiones más trascendentes vinculadas al cuidado del propio cuerpo y la salud, no admiten grados (se tiene autonomía para la decisión o no se la tiene) y este es un aspecto que dificulta la decisión frente al dilema. La autonomía supone un abanico real de opciones informadas entre las cuales elegir, aspecto que - en particular, "en casos complejos" - entendemos debe ser trabajado interdisciplinariamente tanto con el/la paciente como con su entorno de cercanía.

4. Algunas consideraciones adicionales sobre la autonomía

En línea con las ideas que venimos esbozando, el respeto de la autodeterminación del/de la paciente es un principio rector que redunda en el respeto de su dignidad y, como tal, es expresamente reconocido en el artículo 3 de la Declaración de Lisboa:

Derecho a la autodeterminación

a. El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión.

b. El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.

c. El paciente tiene derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza de la medicina.

Respetar la autonomía del paciente, como pregona este instrumento internacional y a su tiempo se hace eco nuestra legislación nacional, supone que se trata de un paciente competente bioéticamente, es decir, capaz de comprender el acto médico y sus consecuencias previsibles, los eventuales efectos de su no realización y todos los aspectos que en general encuadran dentro de la noción de información sanitaria que debe recibir el/la paciente para poder afirmar que su consentimiento es verdaderamente informado.

Ahora bien, decir que la decisión debe ser autónoma por parte del/de la paciente, no implica que deba este tomarla en soledad o que, "una vez informado/a", sea el/la responsable pleno/a de la decisión. Como sostiene Brock (1994), el consentimiento informado es un aspecto de las normas que estructuran la relación profesional de la salud/paciente de suma trascendencia, y requiere de ambos/as un mutuo proceso de información y discusión que permite al/a la segundo/a involucrarse de manera efectiva en el cuidado de su propio cuerpo y su salud, asumiendo un rol activo. El aspecto señalado constituye una cuestión medular, pues la mejor alternativa en relación al cuidado de la salud, si bien se asienta en el estado actual del arte y en las investigaciones estadísticas disponibles, no es totalmente objetiva, porque se encuentra atravesada de los valores de los/las pacientes.

Brock entiende que además de haber recibido la información sanitaria adecuadamente, la existencia de un consentimiento válido supone otros tres requisitos:

a) Voluntariedad: debe tratarse de una decisión tomada libremente de toda coerción, coacción, manipulación o influencia indebida. Lo contrario tornaría la decisión adoptada en involuntaria, pues no da cuenta de la elección de la persona. En este punto, el autor sostiene que la opinión médica puede estar presente, en tanto se trate de una "persuasión racional", idea que compartimos, particularmente cuando hay un grado suficiente de confianza entre el/la profesional de la salud y el/la paciente, lo que muchas veces conduce a que este/a último/a quiera saber la posición personal del primero/a antes de tomar una decisión.

b) Comprensión informada: entendida como que el/la paciente haya adquirido suficiente comprensión de su condición, de los posibles tratamientos o prácticas y de su no realización. En este punto, nos permitimos agregar que, si bien hay cuestiones que redundan en el contenido de la información, no puede soslayarse la forma en que es brindada. Nos referimos especialmente a quién lo hace, de qué forma, a la adecuación al nivel de comprensión de esa persona en ese momento de su vida, a la claridad objetiva y precisión, etcétera.

c) Competencia: este requisito, que redunda en la autodeterminación del paciente, es señalado por el autor como el más complejo. Si bien en ocasiones es sencillo pensar si hay o no competencia en el paciente, tanto tratándose de una conclusión afirmativa como negativa, en otros casos ello no resulta una tarea sencilla, particularmente en relación a ciertos grupos en los que se reconoce un mayor grado de vulnerabilidad y ante situaciones dilemáticas. En este punto introduce una idea que puede resultar controvertida: la evaluación respecto a si un paciente es competente para tomar una decisión en un caso particular debe asegurar un balance aceptable entre el reconocimiento de la autonomía personal que justifica que la persona pueda decidir por sí misma; y, por otro lado, y como contrapeso, la obligación del/de la profesional de la salud de proteger a sus pacientes de las consecuencias dañinas que pudieren aparejar sus propias decisiones cuando su facultad de decisión se encuentre limitada o sea deficiente.

En su análisis en profundidad del consentimiento, encontramos otras enseñanzas del autor que nos parece importante retomar. Sostiene que debe analizarse en particular la competencia para tomar decisiones sobre el cuidado de su cuerpo y su salud, omitiendo evaluar otras facultades específicas para otros aspectos de la vida. Señala también que la decisión es parte de un proceso y se encuentra en permanente revisión, por lo cual puede ir modificándose a medida que transcurre el tiempo y las vivencias de ese/a paciente.

Ahora bien, en la necesidad de evaluar la competencia del paciente, hay una cuestión que nos parece importante retomar: si bien los niveles de comprensión pueden admitir grados, la determinación sobre si un/a paciente es competente o incompetente importa un juicio positivo o negativo: la persona es competente, o no lo es. De allí que la aludida determinación sea un aspecto central.

Respecto a los criterios para evaluar la competencia, coincido con aquellos que evalúan la naturaleza de la comprensión y el razonamiento de la paciente, centrado -en los casos complejos- en la noción de consentimiento informado como proceso que se va construyendo y que va evidenciando conclusiones razonadas, subjetivas del/de la paciente y aun contrarias a la opinión del equipo tratante, pero que dan cuenta de una decisión propia y comprendida.

En este punto, enseñan Luna y Righetti (2018, p. 4) que

> Cuando el balance neto de riesgo/beneficio parece sustancialmente a favor de la elección del paciente, es razonable requerir solamente un nivel bajo/mínimo de capacidad para tomar una decisión en la elección (…) En el otro extremo, cuando los efectos esperados para la salud y la vida del paciente parecen ser sustancialmente peores que las alternativas disponibles, es razonable requerir un nivel de competencia alto/máximo con el fin de asegurarse de que se protege adecuadamente el bienestar del paciente y de que, protegiendo su autodeterminación, eligió de acuerdo con sus propios objetivos y valores.

Nos permitimos agregar que, de todos modos, entre la información que se brinda y la competencia del paciente para comprenderla puede haber un abismo y ello no puede conducir, sin más, a negar la competencia bioética del paciente. Por lo contrario, estas circunstancias exigen a los/las profesionales de salud pensar estrategias de comunicación con ajustes razonables, procurando siempre contribuir a la autodeterminación del paciente, como materialización de su dignidad personal.

5. Reflexiones finales

La relación de los/as profesionales de la salud y sus pacientes se ha visto fuertemente modificada a partir de la reivindicación del derecho a la salud como derecho humano, expresión que conlleva la posibilidad de involucrarse en el mismo y de decidir al respecto y se evidencia en un vínculo entre profe-

sionales y pacientes cada vez más horizontalizado. En este contexto, uno de los aspectos que da cuenta del cambio aludido es la denominada doctrina del consentimiento informado que exige contar con el mismo con carácter previo a toda práctica o tratamiento, salvo las excepciones legales en las que se admite que sea brindado por otras personas o, aún más, prescindirse del mismo.

Mucho se ha escrito al respecto en los últimos años, pero en este trabajo hemos pretendido focalizarnos en las particularidades que se suscitan en los casos dilemáticos, donde la evaluación respecto a si nos encontramos ante un/a paciente competente bioéticamente, en condiciones de brindar un consentimiento informado válido, es particularmente compleja. Entendemos que dicha evaluación exige distinguir dos conceptos habitualmente empleados como sinónimos: por un lado, los problemas morales, de posible solución con una intervención eficaz del equipo profesional tratante y, en caso de ser posible, de un comité de bioética; y, por otro, los dilemas bioéticos que se verifican en caso complejos, donde habitualmente no es posible hallar una solución, sin perjuicio de lo cual, "alguna" decisión debe ser tomada.

En nuestra ponencia prestamos especial atención al abordaje de situaciones dilemáticas. En este sentido, y si bien no se trata de decisiones apriorísticas sino que ellas resultan de la interpretación de los alcances de cada caso concreto, hemos intentado, a partir de argumentos originados en el plano bioético, esbozar algunas ideas que contribuyan al deslinde sobre la existencia o inexistencia de un consentimiento informado válido, fundamentalmente a partir de la noción de competencia y sus grados. Ello, así, en el entendimiento que sólo es posible hablar de la existencia de un consentimiento informado válido, cuando se trata de una resolución adoptada por una persona competente para tomar esa decisión particular, aptitud que a la vez redunda en la necesidad de que se trate de una opción informada y verdaderamente autónoma, en cuyo caso, su respeto se impone en resguardo de su propia dignidad.

Referencias bibliográficas

Cajigal Cánepa, Ivana (2015). "Acerca de la incorporación de los derechos y actos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Perspectivas de las ciencias económicas y jurídicas, 5*(1), 36-50. https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/3636/3748

Asociación Médica Mundial. (2015). *Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente*. Asamblea Médica Mundial.

Luna, F. y Righetti, N. (2018). *El manejo de la información médica.* [Material de clase]. FLACSO. flacso.org.ar/flacso-virtual

Luna, F. y Righetti, N. (2018). *Introducción.* [Material de clase]. FLACSO. flacso.org.ar/flacso-virtual

Luna, F. y Righetti, N. (2018c) *La teoría de los principios de Beauchamp y Childress.* [Material de clase]. FLACSO. flacso.org.ar/flacso-virtual

Luna, F. y Righetti, N. (2018). T*eorías éticas clásicas: Immanuel Kant.* [Material de clase]. FLACSO. flacso.org.ar/flacso-virtual

Luna, F. y Salles, A. (2008). *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos.* Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Luna, F. (2018). Problemas actuales en investigación IEI. FLACSO. flacso.org.ar/flacso-virtual

Rivera Castro, F. (2004). *La ética kantiana y el imperativo.* Coordinación de Universidad Abierta, Innovación Educativa y Educación a Distancia, UNAM; Dirección General de Cómputo y de Tecnologías de Información y Comunicación. UNAM. https://repositorio.unam.mx/contenidos/5040571

Valdés, E. (2015). Haciendo más práctico el principalismo. La importancia de la especificación en bioética. *Revista bioética y derecho,* (35). Barcelona.

Eutanasia ¿buena muerte?
Un análisis bioético de la sentencia 67-23-IN/24 de la Corte Constitucional de Ecuador

Lucia Di Giulio
UNICEN

Resumen

En esta ponencia se analizarán, bajo un marco teórico bioético, los criterios utilizados por la Corte Constitucional de Ecuador en la sentencia 67-23-IN/24. Este fallo remite a una permisión de la eutanasia activa, mediante la declaración de la inconstitucionalidad relativa del artículo que regula el homicidio, versando la pretensión en que la norma infringe (i) la dignidad; (ii) al libre desarrollo de la personalidad; (iii) al fomento de la autonomía y disminución de la dependencia; (iv) a la integridad física y la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes; y (v) al derecho a morir dignamente. A su vez, esta resolución limita la aplicación a los casos donde el paciente preste "[…] su consentimiento inequívoco, libre e informado […] ante el padecimiento de sufrimiento intenso proveniente de una lesión necesariamente de carácter corporal, grave e irreversible o una enfermedad que sea grave e incurable".

La sentencia en examen propone un marco de reflexión bioético y en clave de derechos humanos, con especial referencia a los principios de beneficencia y no maleficencia en conjunción con el principio de autonomía. Profundizando así, en el presente trabajo, en los horizontes del desarrollo de la personalidad en la construcción de una vida digna.

1. Introducción

Las tensiones y ambigüedades se presentan cotidianamente en las ciencias de la salud aplicadas y dicha conflictividad se agrava aún más cuando la aplicación de la tecnología implica que el mismo médico emprenda acciones que desencadenan la muerte (Kottow Miguel, 2005, p. 204). Ante

estos desafíos, resulta novedoso el fallo publicado en el presente año por la Corte Constitucional del Ecuador.

Dicho precedente permite la práctica eutanásica activa mediante la declaración de la inconstitucionalidad relativa del artículo que regula el homicidio (Corte Constitucional de Ecuador [CCE], 2024) visibilizándose su novedad e importancia ante una práctica que aún no tiene un consenso unívoco. En tal sentido, se advierten argumentos a favor de la eutanasia activa directa fundamentado en la autonomía de la voluntad del paciente; mientras tanto, otros sectores se oponen a este tipo de prácticas en razón del juramento Hipocrático (Mikowicz, 2017, p. 237)

Los diversos escenarios que presenta la sentencia de referencia exteriorizan los distintos dilemas bioéticos, observándose los desafíos de la biotecnología aplicada a la vida y, en particular, en relación a la técnica y humanización. Dentro de estos contextos, la bioética nace como una toma de conciencia respecto a la tensión y ambigüedad existente entre técnica y humanización (Hooft, 2004) desarrollándose el marco teórico basado en los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia (Kottow Miguel, 2005).

Dichos principios se enmarcan en el trabajo realizado por el informe Belmont. Una exposición desarrollada y presentada en el año 1978, cuyo objetivo fue la aplicación en "la protección de los sujetos humanos de investigación" (Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos, 1979, p. 1) donde inicialmente contábamos con tres principios: beneficiencia y no maleficiencia (conjuntamente) , justicia y autonomía.

Luego, estos son ampliados por los autores James F. Childress y Tom. L. Beauchamp en su libro llamado "Principios de Ética Biomédica" (Beauchamp & Childress, 2011, p. 9). En este texto amplían los tres principios a cuatro. Desarrollando a la beneficencia individualmente, a la no maleficencia como una obligación que compele obrar de forma prudente para evitar un daño, a la autonomía y finalmente a la justicia (Beauchamp & Childress, 2011). Estos textos son considerados "de referencia en el estudio de la bioética" (Beauchamp & Childress, 2011, p. 3), construyendo un sistema que permite analizar concretamente cuestiones dificultosas, o dilemas presentados en el obrar de la medicina, y darles respuestas. Este enfoque es uno de los posibles desarrollos, dado que también pueden emplearse corrientes casuísticas, situacionistas, o propuestas de otros principios (Kottow Miguel, 2025), que no serán empleados en la presente ponencia

Sobre este marco teórico, y en clave de derechos humanos, resulta relevante preguntarse en la presente ponencia: ¿Es acaso dicha sentencia compatible con los principios bioéticos que compelen a los médicos a realizar aque-

llo que sea beneficioso y no perjudicial para el paciente, y de conformidad a la autonomía del mismo?

2. Hechos del caso

La sentencia 67-23-IN/24 tiene como antecedente a su dictado la interposición de una acción de inconstitucionalidad en el mes de agosto del año 2023 por parte de una ciudadana ecuatoriana, Paola Roldán Espinosa. Esta acción inicia el debate respecto a la constitucionalidad de la aplicación de la eutanasia activa en Ecuador, ya que "Paola Roldán busca[ba] el reconocimiento del derecho a una muerte digna debido a su padecimiento de esclerosis lateral amiotrófica" (Armijos y Maldonado, 2024, p. 402).

Para acceder a su pretensión de aplicación de la práctica eutanásica, la actora alega, en primer lugar, la constitucionalidad condicionada del artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, en cuanto regulaba el delito de homicidio sin tener como excepción a la respuesta punitiva los casos de padecimientos o enfermedades graves. En segundo lugar, y en consonancia a la solicitud de la aplicación de la práctica, también se alegaba por parte de la actora la inconstitucionalidad de los artículos 6 y 90 del Código de Ética Médica. Estos artículos en conjunto impedían a los médicos realizar la práctica, ya que compelen por un lado al profesional de la salud a conservar la vida y, por el otro, específicamente prohíben terminar de cualquier forma con la vida del enfermo.

Para fundar sus alegatos la parte peticionante realiza un desarrollo argumental respecto a qué derechos se ven conculcados, frente al impedimento de disponer sobre la propia vida en contextos de padecimientos graves e incurables. En dicha argumentación se alegan afectaciones en el desarrollo de los derechos a la dignidad, a la integridad física, a la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes y, finalmente, al derecho a morir de forma digna. Agravando la argumentación, incluso sostienen que "el uso innecesario del derecho penal y sin una interpretación conforme del tipo penal homicidio simple limita en el caso de la eutanasia el derecho al libre desarrollo de la personalidad" (CCE, 2024, párr. 14).

Por todo ello, la solicitud específica de la señora Espinosa se ceñía a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 6 y 90 del Código de Ética Médica ecuatoriana y la constitucionalidad condicionada del art. 144 del COIP, sujetando la permisión de la práctica a:

1. La declaración de consentimiento libre, informado e inequívoco para ejercer el derecho a morir dignamente. […]; 2. El padecimiento de sufrimientos o dolores intensos físicos o emocionales. […]; 3. El diagnóstico de enfermedad o lesión física grave o incurable. […]; 4. La realización del proceso eutanásico por parte de una persona profesional de la salud, que debería orientarse por los principios de prevalencia de la autonomía, celeridad, oportunidad e imparcialidad (CCE, 2024, párr. 21).

3. Dimensión normológica

La Corte comienza su tarea de interpretación detallando que existe la eutanasia pasiva y activa. Mientras que la primera se verifica en el momento que el paciente rechaza una práctica o tratamiento, radicando entonces la causa de muerte en un padecimiento subyacente, la eutanasia activa requiere que un profesional médico, a solicitud del titular del derecho o de su representante, realice un procedimiento que termine activamente con la vida de "quien padece sufrimiento insoportable proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable" (CCE, 2024, párr. 43).

Entonces, la eutanasia activa, objeto de estudio en esta ponencia, se verifica únicamente ante supuestos de sufrimientos insoportables mediante el accionar médico profesional que activamente termina con la vida del paciente en contexto médico. Esto puede darse bajo la solicitud del paciente, o de un familiar o representante ante la imposibilidad de aquél de prestar su consentimiento libre, previo e informado. Finalmente, esta práctica no implica de ninguna forma emplear mecanismos para paliar el sufrimiento o padecimiento de la persona, sino llanamente con terminar la vida de este paciente en contexto de sufrimiento.

Por otra parte, respecto a los problemas jurídicos que presenta la actora, la Corte desestima el tratamiento de la inconstitucionalidad de las normas en virtud de ser contrario al derecho a una muerte digna. El tribunal verifica que no existe en el ordenamiento normativo ecuatoriano ninguna norma que ampare dicho derecho, así como tampoco un precedente jurisprudencial que haga mención de tal supuesto.

A su vez, deniega la posibilidad de analizar la constitucionalidad en virtud del derecho a la integridad y a la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes, dado que la accionante alega la vulneración de dichos derechos por la omisión de regulación de la eutanasia, pero finalmente reconoce que dicho artículo sí es compatible con la Constitución. Por ello, y en miras a la

falta de certeza, claridad y pertinencia requeridas por el tribunal, decide no analizar los supuestos anteriormente detallados.

Ante ello, la cuestión de análisis de la Corte queda ceñida a la siguiente problemática:

¿La aplicación de la sanción prevista en el tipo penal de homicidio es incompatible con los derechos a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad en el supuesto en el que (i) un médico ejecute la conducta tipificada en el artículo 144 del COIP cuando (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa (iii) por el padecimiento de sufrimiento intenso proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable? (CCE, 2024, párr. 36).

A estas cuestión planteada el tribunal responde desarrollando los conceptos de vida, vida digna y libre desarrollo de la personalidad. Comienza indicando que la vida digna se desarrolla en dos aspectos, en primer lugar como "límite frente al irrespeto ilegítimo y arbitrario de la vida humana." (CCE, 2024, párr. 23) y, en segundo lugar, como posibilitador de condiciones que permitan la autodeterminación de su plan de vida, en virtud de los derechos y libertades reconocidos. Finalmente, en lo que respecta al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación referida en el derecho a la vida se relaciona directamente ya que este derecho se "sostiene en la libertad de cada ser humano de decidir sobre su destino, sus aspiraciones e ideales de vida." (CCE, 2024, párr. 23).

Ante este desarrollo, sostiene que no se encuentra en el marco de regulación del código penal la protección absoluta del bien jurídico vida, sino "siempre que la privación sea arbitraria e ilegítima" (CCE, 2024, párr. 26). Incluso remarca que aunque existan conductas que no sean de aceptación social, éstas no podrán ser penadas si no "amenazan ni lesionan bienes jurídicos" o "implican un riesgo para la persona" (CCE, 2024, párr. 26).

La Corte luego expresa que las situaciones de padecimientos graves y sufrimientos intensos, en ciertas situaciones, no permiten el cumplimiento efectivo de una vida digna. Especialmente, pueden generar un menoscabo en las capacidades psicosociales imposibilitando la libre elección del plan de vida, imponiéndose a los demás la irrazonable obligación de mantenerse con vida en contra de su voluntad. Esta práctica difiere de la eutanasia pasiva, dado que "esta elección les permitiría poner fin a su vida de manera indolora y, así, evitar la angustia de prolongar tratamientos que no van a lograr restablecer su salud" (CCE, 2024, párr. 31).

Frente al desarrollo argumental, la Corte establece finalmente las siguientes conclusiones. En primer lugar, sostiene que, dado el contexto que verificaría la permisión de la práctica eutanásica (es decir, un padecimiento intenso y petición del titular del derecho) no genera una privación arbitraria del derecho a la vida sino un marco de preservación de los derechos a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad del paciente. En segundo lugar, esta práctica se basaría la autonomía de la persona que le permite tomar decisiones sobre su plan de vida, sin afectar bienes jurídicos ajenos.

En tercer lugar, y en lo atinente a la cuestión respecto al Código de Ética Médica, en el análisis se desprenden dos conductas a realizar por parte del médico. Por un lado, conservar la vida considerada desde una mirada absoluta e indisponible; y, por otra parte, aliviarla. Para el desarrollo establecido anteriormente, la Corte concluye que estos supuestos son constitucionales ante privaciones arbitrarias a la vida, pero esto no es un supuesto posible ante sufrimientos intensos provenientes de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable, ya que la privación de la vida en este caso se presenta como una "alternativa piadosa" (CCE, 2024, párr. 34). Por lo tanto, al art. 6 el tribunal lo establece como constitucional ante supuestos de homicidio, distintos a los de la práctica eutanásica prevista, mientras que el art. 90 (al prohibir absolutamente esta práctica, impidiendo al médico abreviar de cualquier forma la vida del paciente) es inconstitucional por ser contraria a la vida digna y libre desarrollo de la personalidad.

Por lo anteriormente detallado, presenta las decisiones que se detallan debajo:

1. En primer lugar, la Corte Constitucional del Ecuador declara la constitucionalidad condicionada del art. 144, dado que el mismo "será constitucional siempre y cuando no sea sancionado (i) el médico que ejecute la conducta tipificada en el artículo 144 del COIP en el supuesto en el que (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa; (iii) por el padecimiento de intenso sufrimiento proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o de una enfermedad grave e incurable" (CCE, 2024, pág. 39)

2. En segundo lugar, "declarar la constitucionalidad aditiva del art. 6 del Código de Ética Médica" (CCE, 2024, pág. 39) , modificando sus disposiciones y adecuándose a las nuevas disposiciones del art. 144.

3. En tercer lugar, disponer la "inconstitucionalidad del art. 90 del Código de Ética Médica" (Corte Constitucional. del Ecuador, 2024, pág. 39).

4. A su vez, disponen que el "Defensor del Pueblo (…) prepare un proyecto de ley que regule los procedimientos de Eutanasia Activa" (CCE, 2024, pág. 40) de conformidad a lo establecido en el fallo que se aplica automáticamente.

5. Dispone que el "Ministerio de Salud Pública (…) expida un reglamento que regule el procedimiento" (CCE, 2024, pág. 40) para la aplicación del derecho.

6. Finalmente, dispone que la "Asamblea Nacional (…) conozca, discuta y expida la ley que regule los procedimientos eutanásicos" (CCE, 2024, pág. 40).

4. Dimensión axiológica: análisis bioético principialista

Luego de detallar brevemente el fallo y su decisorio, resulta importante delinear desde qué marco se analiza la sentencia. En este trabajo, y en miras a desarrollar si las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional del Ecuador se adecuan o no a permitir una práctica beneficiosa para el paciente y el libre desarrollo de su personalidad se emplearán análisis bioéticos.

La bioética nace bajo un contexto de desarrollos científicos y tecnológicos posmodernos, en donde se vuelve imperiosa la necesidad de reflexión ante la primacía del valor utilidad y los peligros de este frente al resto de los valores (Ciuro Caldani, 1994, p. 34). Esta es una "[...] ciencia que se ocupa de la conducta humana en relación con la vida en sí misma a la luz de los valores" (Ciuro Caldani, 1994, p. 35).

En específico, y en lo que respecta al análisis de un fallo de la Corte Constitucional del Ecuador, resulta relevante la aplicación de la bioética jurídica, ya que esta "[...] apunta a la resolución y regulación de los temas y problemas bioéticos que conllevan el imperativo de garantizar la tutela de la dignidad humana y los derechos fundamentales puestos en discusión por el avance de la ciencia" (Siverino Bavio, 2015, p. 19).

A su vez, la corriente elegida para este análisis, que posibilita la eutanasia activa, es la que corresponde al principalísimo de Georgetown. La corriente principialista comprende que "el discurso bioético se enmarca en cuatro principios: autonomía, beneficencia, no maleficencia, justicia" (Kottow, 2005, 102). En específico para el análisis de este fallo, se emplearán los principios de beneficencia que implica que la conducta realizada por los médicos para la salud del paciente deberán resultar beneficiosos para éste. La no maleficencia que implica que, como contracara al principio de beneficencia, el reconocimiento de la posible lesividad de las conductas médicas y el especial

cuidado en la preeminencia del beneficio por sobre el costo y, finalmente, la autonomía que consiste en la libre elección del paciente respecto a qué norma aplicar y a quién finalmente corresponde valorar si resulta o no beneficioso el costo por sobre el beneficio de la práctica (Kottow, 2005, p. 102)

4.1. Beneficencia y no maleficencia

Para comenzar el análisis, debe comprenderse que el principio de beneficencia compele a "hacer el bien" (Azulay, 2005, p. 651). Hacer el bien puede significar diversas formas de accionar por parte del personal médico, pero en especial implica que las técnicas de medicina aplicada al paciente sean seguras y produzcan resultados efectivos (Azulay, 2005, p. 651). Este accionar constituye un deber de obrar para los médicos, consecuente con la "tradición hipocrática" en miras a lograr lo mejor para el paciente (Tinant, 2012, p. 58).

Por otra parte, y como contracara de este deber de beneficencia, se presenta la obligación de no maleficencia. La no maleficencia implica "Evitar daños en el ser humano (…) en el ejercicio del respeto a la dignidad, cumpliendo con el imperativo que manda garantizar la inviolabilidad de la persona". (Tinant, 2012, 58). Este principio, al igual que el de beneficencia, parte de la concepción hipocrática de abstenerse a generarle un daño al paciente, debiéndose realizar en la práctica una ponderación entre los beneficios y perjuicios posibles, y priorizando que con la aplicación de técnicas médicas no se termine por perjudicar la salud del enfermo (Azulay, 2005, p. 651).

Bajo esta determinación de los principios provenientes del informe Belmont, es de especial relevancia para la aplicación a este fallo comprender que existe un punto de conexión evidente entre el derecho y la ética. El derecho, y en especial los derechos humanos "representa también un mínimo moral necesario para la supervivencia de la sociedad" (Casado, 2008, p. 62).

En consecuencia, la aplicación de los derechos humanos como estándar para determinar qué es lo éticamente bueno a realizar frente a la vida de un paciente, en contextos de decisiones frente a la eutanasia, comprende una necesidad. Frente a ello, la Corte Constitucional del Ecuador no omite aplicar análisis de derecho internacional. Especialmente, en el caso de Paula Roldán la Corte comprende como pauta de análisis la consecución de la vida digna.

La vida digna es entendida por la Corte Constitucional del Ecuador como la protección no solo de la existencia de vida, sino de condiciones requeridas para que pueda desarrollarse de conformidad al plan de vida de la

persona. Esta exigencia no se satisface simplemente mediante la mantención de indicadores físicos, sino en la efectiva posibilidad de ejercicio de sus propios derechos.

La Corte Interamericana ha determinado que la vida consiste en un "prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 1999, párr. 144). Desde esta perspectiva, parecería que realizar el bien y omitir el mal, en caso de los pacientes, implicaría únicamente favorecer la subsistencia de la vida de las personas enfermas y omitir generar actos que puedan terminar con la vida del paciente. Pero dicha argumentación, como sostiene el tribunal del Ecuador, parte de considerar erróneamente que la vida es un derecho de carácter absoluto. Y la protección de la vida no solo implica que deba desarrollarse en condiciones de dignidad, sino también que la protección del estado se verifica ante privaciones de carácter arbitrario.

A la luz de los requisitos para el desarrollo de la vida, conforme a los estándares de derechos humanos, la eutanasia activa no resulta contraria. En este caso, la Corte acepta la práctica eutanásica ante casos de padecimientos de sufrimientos intensos provenientes de lesiones o enfermedades especialmente incurables. Dichas enfermedades o padecimientos resultan modificatorias de la concepción de bien o mal al paciente. Si bien la Corte no emplea específicamente estos principios para el análisis, comprende que en muchos casos estos padecimientos imposibilitan la consecución del libre plan de vida.

Entonces, conforme a generar lo mejor para el paciente, la Corte confronta la concepción de dignidad de la vida en virtud del consentimiento prestado por aquél. Es decir, la práctica de la eutanasia no generaría una privación arbitraria cuando solo se verificase ante los supuestos de consentimiento expreso por parte del paciente y en condiciones de enfermedad que dificultan un desarrollo psicofísico pleno del plan de vida de la persona. A su vez, y de conformidad a la no realización de una práctica dañina para el paciente, esta práctica se realizaría en contextos médicos, evitando en virtud del principio de no maleficencia la posibilidad de generar un perjuicio, constituyendo de esta forma la práctica en segura y efectiva.

Finalmente, y en virtud del análisis de la Corte Constitucional del Ecuador de la eutanasia como práctica necesaria para la obtención del cumplimiento del derecho a la vida digna, puede afirmarse que se cumplen los principios de beneficencia y no maleficencia del accionar médico en lo sentenciado por la Corte. La vida no debe ser sostenida irremediablemente contra la voluntad del propio titular, considerando la muerte finalmente como el perjuicio a omitir. En especial, cuando el propio plan de vida compele a que la existencia

en condiciones de enfermedad o padecimiento incurable no cumple con los requisitos de dignidad y decoro que el propio paciente desea para su vida.

4.2. Autonomía

Para el análisis del fallo de la Corte Constitucional del Ecuador también se emplea el principio de autonomía. La autonomía consiste en que "[c]ada individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que le afecta (aquí, en particular, sobre su vida y salud)" (Atienza, 1998, p. 93). Es decir, considerando la libre elección del paciente, el mismo podrá determinar, siempre y cuando se le informe adecuadamente, qué es lo más beneficioso para su salud. A su vez, se destaca que el paciente debe determinar con responsabilidad y libertad lo más beneficioso para este (Azulay, 2005, p. 652).

En virtud de ello, la Corte Constitucional del Ecuador emplea una razonable argumentación respecto al valor de la autonomía en las decisiones al final de la vida. En especial, dicha argumentación se vale de la noción del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A partir de la noción del desarrollo del propio plan de vida como derecho íntimamente relacionado con la libertad y, a su vez, con la vida, se destaca la necesidad de una decisión personal de los pacientes al momento de determinar si proseguir o finalizar con la enfermedad o lesión incurable. En particular, el tribunal determina que:

(U)na persona, en uso de sus facultades mentales y libre de presiones coercitivas toma decisiones que solo le afectan a sí misma y que no repercuten en los derechos y protección de los demás, no puede ser obligada a actuar según lo que otros consideran apropiado o mejor para ella (CCE, 2024, párr. 58).

De esta forma, y determinando al libre desarrollo de la personalidad como "la capacidad de cada individuo para configurar su propio proyecto de vida según sus valores, creencias, visión del mundo y las circunstancias que le rodean" (CCE, 2024, párr. 59), se encuentran puntos de encuentro y conformidad con lo determinado por el principio de autonomía. La persona tiene derecho a decidir sobre su vida y salud, con la información debida, y ello conduce necesariamente a otorgarle la posibilidad efectiva de desarrollar su propio plan de vida y de esta forma autodeterminarse. El derecho a la vida, del que gozan los pacientes, se detalla a su vez no solo como una prohibición

de privación arbitraria (frente a la que no nos encontraríamos por el hecho de que la privación es solicitada voluntariamente en conformidad a la propia decisión del titular), sino también se verifica en el hecho de que se establezcan condiciones mínimas que permitan al propio titular a determinar cómo y bajo qué valores desea vivirla.

A partir de esta fundamentación, se entiende que existen excepciones a la regulación del delito de homicidio, dado que este únicamente actúa frente a supuestos de privación arbitraria e ilegítima. Y a pesar de que se proteja la vida desde la subsistencia, entiende la Corte que en este caso la variación ocurre por la "aquiescencia y solicitud expresa del titular del bien jurídico" (CCE, 2024, párr. 72). Entonces, el factor determinante de la decisión transcurre en reconocer que es finalmente el propio individuo en respeto de su autonomía y en contexto de padecimientos intensos, quien finalmente toma la decisión de que se le practique la eutanasia.

A su vez, dicha autonomía se encuentra determinada específicamente en un consentimiento previo, libre e informado, en donde puede verificarse explícitamente el deseo de la persona de terminar con su padecimiento. Se debe tener en cuenta, en especial, que cuando la persona transcurre una enfermedad terminal o grave reitera la Corte puede verse dañado su derechos a una vida digna, por encontrarse en menoscabo de capacidad psicofísicas.

Otro asunto diverso podría analizarse con la problemática de la determinación de la Corte de la posibilidad de acceder a la eutanasia a través de la solicitud de un representante cuando el sujeto se encuentra impedido de prestar su consentimiento. Dado que, como desarrolla Atienza, el paternalismo justificado excepciona el principio de autonomía y debe verificarse expresamente ante "una situación de incompetencia básica […], la medida supone un beneficio para él y se puede presumir razonablemente que consentiría si cesara la situación de incompetencia" (1998, p. 94).

Esta eutanasia indirecta, autorizada por la sentencia de la Corte para casos análogos, si bien gozará en el Ecuador de un mayor desarrollo a través de su órgano legislativo (al cual el tribunal le delega el deber de desarrollar una ley) no cuenta con las precisiones terminológicas suficientes para constatar que efectivamente se está respetando la voluntad del paciente y de esta forma consecuente con su ejercicio de la autonomía. De esta forma, quedaría por detallar o determinar qué precisiones requeriría la regulación de la eutanasia indirecta (como, por ejemplo, directivas médicas anticipadas) para garantizar que la práctica se presente de conformidad al deseo del titular del derecho.

5. Conclusiones

A partir del texto de la sentencia analizada puede concluirse que lo fallado por la Corte Constitucional del Ecuador se adecúa en líneas generales a un contraste con los principios bioéticos provenientes del informe Belmont. Resulta de especial relevancia la construcción del bien para el paciente y la no injerencia perjudicial, entendiendo a la misma como deberes que compelen a regular la práctica y a no someter al paciente a la permanencia en la enfermedad teniendo como presupuesto únicamente los deseos de terceros.

Por otra parte, la autonomía se encuentra detallada, aunque no de forma explícita, a través de la jerarquización del plan de vida de la persona como requisito esencial para el cumplimiento del derecho a una vida digna. Se debe contar con la preeminencia suficiente respecto a la autodeterminación de lo que el paciente considera que es bueno y prestando ese consentimiento de forma fehaciente mediante un consentimiento previo libre, e informado para la realización de la práctica.

Sería interesante el análisis de diversas cuestiones que podrían desarrollarse como, por ejemplo, la omisión de análisis del derecho humano a la salud, concepto que ha ido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte IDH. Y, por otro lado, sería también un punto a abordar en investigaciones futuras los detalles de la regulación de la eutanasia indirecta y las precisiones requeridas para que se regule respetando la autonomía del paciente.

Referencias bibliográficas

Atienza, M. (1998). Juridificar la bioética. *Isonomía. Revista de teoría y Filosofía del Derecho*, (8), 75-99.

Azulay Tapiero, A. (2001). Los principios bioéticos:¿ se aplican en la situación de enfermedad terminal?. *Anales de Medicina Interna, 18*(12), 650-654.

Beauchamp, T. L. y Childress J. F. (2011). Principios de Ética Biomédica. *Bioética & debat*, *17*(64), 1-7. http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/facultad_agronomia/Producion_Animal/ProducciOn_Animal/Bioetica.pdf

Ciuro Caldani, M. Á. (1994). Panorama de los fundamentos de la Bioética. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (18), 33-43.

Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos. (1979). *Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos humanos en la experimentación: Informe Belmont*. Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona.

Corte Constitucional del Ecuador. (2024). *Sentencia No. 67-23-IN/24 (Acción Pública de Inconstitucionalidad)*. corteconstitucional.gob.ec

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de noviembre de 1999). *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala (Fondo)* (Serie C No. 63). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008 (última modificación de 2021). Tribunal Constitucional del Ecuador.

González, C. (2008). La bioética como soporte al derecho para regular la biotecnología. *Revista catalana de dret públic (2005)*, (36), 55-78.

Hooft, P. F. (2004). *Bioética y derechos humanos: Temas y casos* (2.ª ed.). Depalma.

Jhovanna Mirlay Armijos Armijos, & Luis Mauricio Maldonado Ruiz. (2024). La legalización de la eutanasia en el Ecuador, con relación a la perspectiva jurídica de la legislación comparada. D*ominio De Las Ciencias, 10*(2), 400–417. https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/3809

Kottow, M. (2005). *Introducción a la bioética* (2.ª ed.). Editorial Médica Panamericana.

Mikowicz, G., Vear, D., & Garchtrom, L. N. (2017). La eutanasia y la ley hebrea. En G. Mikowicz (Coord.), *Ley hebrea y bioética* (pp. 239-251). Thomson Reuters La Ley.

Bavio, P. S. (2021). Bioética y derecho: la importancia de promover la formación en bioética jurídica. *Ius Inkarri, 3*(3), 167-176. https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn3.4148

Tinant, E. L. (2012). Principios jurídicos y principios bioéticos: separación, vinculación, integración. *Derecho PUCP*, (69), 45-63. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201202.002

Horizontes de la autonomía de la voluntad en el final de la vida. Un abordaje interseccional

Guillermina Zabalza
UNICEN

Resumen

La autonomía de la voluntad de corte liberal se encuentra en crisis, visibilizándose la idea de una autonomía de la voluntad situada y relacional, donde se exteriorizan la dinámicas de las diversas capas de vulnerabilidad que pueden confluir en la narrativa existencial y colectiva de la humanidad. Por ello, a través de esta investigación profundizaremos sobre el derecho a envejecer en autonomía y las posibles colisiones a este derecho en escenarios de fragilización. Para ello, partimos de la hipótesis de análisis que sostiene que *"toda persona tiene derecho a envejecer en escenarios de autonomía donde el abordaje interseccional de derechos humanos permita el desarrollo de la personalidad"*.

1. Reflexiones de apertura

El tema de investigación escogido integra una de las problemáticas que aborda la Bioética, el Bioderecho, el Derecho de la Salud, el Derecho de las Vejeces, el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos, observándose la complejidad del sistema jurídico en donde más allá de la autonomía que reclama cada campo disciplinar se requiere un análisis integral de los distintos saberes conjuntamente con el Derecho (Ciuro Caldani, 1998, pp.35-38).

La vida y cada una de sus aristas se construye de diversas maneras, advirtiéndose en el discurso jurídico diferentes marcos de protección contestes con el devenir de la coyuntura social y valorativa. En la cultura de lo múltiple, la deconstrucción se presenta como criterio transversal, donde la diversidad de sentires y vivencias sobre cada proceso vital encarna la trama de la juridicidad y de sus respuestas jurídicas. Cada despliegue de la vida humana materializa los posibles escenarios de fragilidad en que se encuentra la persona (Dabove, 2011), contemplándose que en la perspectiva del derecho occidental "ser viejo" implica aún hoy vivir sujeto a una triple situación

de vulnerabilidad –social, normológica y valorativa- (Dabove, 2008). En tal sentido, el derecho a envejecer y a ser viejo en el final de la vida materializa diferentes vejeces donde la multiplicidad de capas de vulnerabilidad se hacen cada vez más visibles (Luna, 2008).

La actualidad da cuenta de una nueva demografía caracterizada por poblaciones cada vez más longevas y una constante disminución de la natalidad. El fenómeno del envejecimiento es cada vez más global y multigeneracional, coexistiendo tres/cuatro y aún más generaciones dentro de una misma narrativa familiar, donde el proceso de envejecimiento acontece de manera conjunta entre varias generaciones. Este devenir individual de cada persona en su proceso de envejecimiento y en relación con los entramados familiares y sociales en los que se encuentra sumido, dan cuenta de las posibles capas de vulnerabilidad que pueden interactuar.

A través de estas líneas comenzaremos a indagar sobre el derecho a envejecer en autonomía y las posibles colisiones de derechos en escenarios de fragilización, observándose la necesidad de reflexionar sobre una autonomía de la voluntad situada y relacional, recurriéndose a la herramienta metodológica de la interseccionalidad en alusión a los "enfoques diferenciados", evidenciándose los distintos niveles de opresión, discriminación y violencias que intersectan en los casos de hipervulnerabilidad o vulnerabilidad reforzada (Fernández, 2024, p. 165). Por ello, profundizar sobre el derecho a envejecer en vinculación con la autonomía y las posibles colisiones a este derecho ante el paulatino envejecimiento, materializa los posibles escenarios de sometimiento y exclusión que se agudizan aún más ante situaciones de dependencias físicas, mentales y/o económicas.

En palabras de Dabove, "toda la historia de la vejez ha sido un largo y doloroso ensayo de respuesta. Ensayo múltiple, discontinuo y variado" (2000, p. 2).

Dentro de este contexto se ha reflexionado sobre la necesidad de construir una rama del mundo jurídico que aborde el Derecho de las Vejeces, cuya diferencia de las demás se caracteriza por la fragilidad de los beneficiarios, tanto como por su contenido transversal con las restantes ramas jurídicas, cuyo objeto de estudio es analizar la condición jurídica de las personas mayores en tanto sujetos titulares de derechos, abordándose los derechos fundamentales de autonomía, participación y de crédito, que pueden serles atribuidos o arrebatados a las personas, cuando han comenzado a transitar la última etapa de sus vidas. En tal sentido, destaca Dabove que este análisis se realiza abordando dos situaciones jurídicas que resultan centrales para todo ser humano: el derecho a ser viejo, a mantenerse vivo, independiente y participativo, y el

derecho a envejecer, a obtener los recursos adecuados para vivir en justicia, una ancianidad saludable y productiva hasta el final (Dabove, 2001).

Las líneas que anteceden y el derecho a envejecer en el final de la vida toman un rol protagónico ante escenarios caracterizados por el deterioro cognitivo y/o dependencias afectivas, económicas y/o físicas, requiriéndose así que realidades invisibilizadas sean vistas y protegidas en esta etapa de su narrativa existencial a los fines de poder transitar la vejez de manera digna.

2. Las vejeces y el derecho a envejecer

En el reconocimiento de la subjetividad, continuamos las líneas conceptuales desarrolladas por Dabove (Dabove, 2002), quien destaca como principios básicos y específicos para la construcción del Derecho de las Vejeces: el principio de continuidad vital, el de privacidad y el de participación, procurando un análisis de los diversos enfoques compuestos ante la dinámica de las capas de vulnerabilidad.

El principio de continuidad vital es la manifestación específica del principio de igualdad en las vejeces. Implica admitir que la vida tiene un carácter pantónomo y que todas sus manifestaciones constituyen el sustrato del mundo jurídico. La vida humana es una totalidad dinámica, que exige una consideración especial más allá de los fraccionamientos que se puedan realizar según las diferentes concepciones etarias, cronológicas y biológicas, requiriéndose que la vida de una persona sea aprehendida de manera holística, acorde con la complejidad de su desarrollo. Exige del Derecho un trato igualitario en la vejez (formal y materialmente hablando), de modo tal que el devenir de la vida – pasada, presente y porvenir –resulte valorada e incluida en sus instituciones (Dabove, 2002). Se trata de reconocer a la persona mayor como una persona igual a la otra, pero, a la vez, distinto, que le permita su participación en la familia y en la sociedad (Dabove, 2002). En tal sentido, se ha destacado que todos somos iguales, pero sólo respecto de nuestros derechos, ya que a partir de allí somos todos diferentes. Y en algunos casos, ignorar las diversidades implica imposibilitarles a ciertas personas acceder a sus derechos (Gewurzmann, 2012). En definitiva, esto nos insta a la necesidad de crear mecanismos para que la igualdad formal se transforme en igualdad de oportunidades y de trato (Saba, 2016, p.28). Por ello, nos hacemos eco de las reflexiones desarrolladas por Fernández al considerar que

"la interseccionalidad es la estrategia que mejor demuestra que las situaciones de desigualdad están construidas a partir de la interacción de varios

factores de opresión: nuestra identidad no se conforma por una categoría, sino por varias que interaccionan, y nos definen como persona. Es más que el simple resultado de la suma de distintas variantes de discriminación (vgr. el género, la edad, la discapacidad, la privación de derechos económicos, sociales y culturales, pertenecer a una minoría racializada, ser migrante, etc.)" (Fernández, 2024, p.165).

En tal sentido, las nociones de igualdad y libertad se ven conmovidas y conectadas, comprendiéndose a la igualdad como inexistencia de exclusión, aludiéndose al imperativo moral de igual libertad como precondición de la autonomía de las personas (Saba, 2016, p.28). Se propone así la noción de libertad positiva, que a diferencia de la idea de libertad como no injerencia estatal en las decisiones de las personas (libertad calificada como negativa), se funda sobre la necesidad de que éstas participen en igualdad de condiciones en la empresa colectiva del autogobierno (Saba, 2016, p.29). Profundizando sobre la noción de igualdad estructural se entiende que dicho enfoque requiere la incorporación de datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad (Saba, 2016, p.30), y entre ellos las vejeces.

Traspolando este análisis, se observa la idea de la confluencia de diversas capas de vulnerabilidad, que despliega la interseccionalidad de los derechos humanos, en el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2018), en donde se advierte la edad como una limitante en la atención sanitaria. En tal sentido,

'Respecto de los elementos de accesibilidad y aceptabilidad (supra párrs. 121), la Corte destaca que la edad del señor Poblete Vilches, resultó ser una limitante para recibir una atención médica oportuna, pues de los hechos del caso se desprende que no se le brindó el tratamiento médico adecuado, en parte, por su condición de persona mayor (supra párrs. 47 y 53), razón por la cual no se priorizó su tratamiento médico a pesar de su condición crítica y su avanzada edad … Además, resulta inaceptable la falsificación del consentimiento de los familiares y la falta de información clara y accesible sobre la condición del paciente (supra párr. 46 e infra párr. 173)" (Corte IDH, 2018, párr. 139).

La Corte reitera que las personas mayores son sujetos de protección, en vista de su situación de vulnerabilidad y por ello recaen en el Estado obligaciones reforzadas respecto de la protección y garantía de su derecho a la salud (Corte IDH, 2018, párr.140), advirtiéndose en la presente causa que el señor Poblete Vilches era un adulto mayor con patologías agregadas, que hacían que su situación lo convirtiera en un paciente aún más vulnerable, violando el Estado el derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26

de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Poblete Vilches.

Asimismo, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado del Perú por la violación a diversos derechos en perjuicio de Oscar Muelle Flores. Las omisiones del Estado no permitieron garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y protección judicial. Además, las autoridades judiciales no actuaron con el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que estaba la víctima y excedieron el plazo razonable. El incumplimiento del derecho a la seguridad social por más de veintisiete años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud de Muelle Flores, que requería una protección especial por ser adulto mayor y en condición de discapacidad. La falta de protección judicial afectó el derecho a la pensión que había ingresado al patrimonio de la víctima y, por ende, el Estado es responsable de la violación del derecho a la propiedad privada. El Estado también es responsable por el incumplimiento de las sentencias dictadas a favor de Muelle Flores, por la creación de obstáculos derivados de la privatización de la empresa, por no revertir los efectos negativos de la privatización y por la ausencia de medidas para remediar esa situación durante un periodo de tiempo prolongado. Asimismo, la Corte Interamericana lo declaró responsable por la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1, 25.1, 25.2.c, 26, 5, 11.1, 21.1, y 21.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Muelle Flores. Finalmente, también lo declaró responsable por la violación de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, recogido en el art. 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Muelle Flores (Corte IDH, 2019).

Nos sumergimos así en los diversos escenarios que inter seccionan la idea de capas de vulnerabilidad en las vejeces, tanto en cuanto a la accesibilidad en cuestiones de salud como en lo relativo a la tutela judicial efectiva y el tiempo razonable, que se conjugan con los posibles escenarios de toma de decisiones en lo atinente a derechos personalísimos como patrimoniales.

Desde el principio de privacidad, destaca Dabove, que el envejecimiento es un elemento constitutivo del concepto de unicidad de la persona, comprensivo de los conceptos de autonomía, libertad e intimidad de la persona mayor. Desde la filosofía trialista se entiende que todas las personas deben ser reconocidos como únicas, iguales e integrantes de una comunidad, destacándose que el régimen debe servir a estos caracteres a través del liberalismo político, la democracia y la res pública (cosa común) (Ciuro Caldani, 2000, p.89).

Entonces, retomando las reflexiones de Dabove, consideramos relevante destacar que "Junto a este enfoque estructural de la vejez, cabe

desarrollar también una aproximación dinámica, referida al «proceso de envejecimiento», entre otras razones, porque «el devenir vital ha de estudiarse como un todo evolutivo en el que los avances se comprendan teniendo en cuenta un perpetuo feedback con el pasado». Desde esta óptica, la ancianidad es un camino evolutivo complejo que se transita lentamente desde el cese del desarrollo corporal. Constituye tanto un proceso bio-psicológico como un proceso histórico y cultural. En efecto, como ya lo hemos señalado en reiteradas oportunidades, no se es adulto mayor solo porque nuestro cuerpo mute al alcanzar determinadas edades. Se es persona mayor, además, por ser parte del último tramo de un curso de vida que se transita en contextos socioculturales diversos y determinados" (Dabove, 2022, p.18)

Además el Derecho de las Vejeces se construye con el recurso al principio de participación, sin el cual no sería posible la vida comunitaria, ya que a través del reconocimiento de este principio se propicia el diálogo intergeneracional en el marco del Derecho, rescatándose la historia y la experiencia, la esperanza y los proyectos de la sociedad en general (Dabove, 2002). Ahora bien, este derecho sólo es susceptible de efectivizarse en determinadas realidades, por ello el abordaje de las vejeces de manera transversal es vital, tanto al momento de analizar las residencias de personas mayores como la manera en que las mismas llegan a residir allí, observándose en algunos supuestos las intersecciones entre vejez y salud mental.

En tal sentido, el derecho a envejecer se proyectará cuando la persona pueda desarrollar toda su narrativa en libertad e igualdad de derechos, entonces cuando estamos ante disidencias sexuales y de género resulta vital analizar estas trayectorias a fin de desentrañar aquellos obstáculos que ocultaron estas realidades para darles visibilidad y así un marco de protección para que el derecho a envejecer no sea una mera utopía. La protección de las minorías urge al Estado de acciones positivas a fin de propiciar escenarios contestes con la dignidad de la persona (Zabalza & Schiro, 2024, p. 258)

Concluyento esta parte, consideramos que:

"La valoración social de la vejez y el juego de los factores de poder, en suma, la impronta de «los otros, no viejos» es determinante de su valoración, muchas veces el lugar que se le atribuye a las personas mayores. A modo de ejemplo, recordemos con Simone de Beauvoir, que el problema negro, es un problema de blancos; el de la mujer, un problema masculino, «pero la mujer lucha por conquistar la igualdad, los negros pelean contra la opresión; en cambio los viejos no tienen ningún arma y su problema es un problema de adultos activos. Estos deciden, según su propio interés práctico e ideológico, acerca del papel que conviene conferir a los ancianos»" (Dabove, 2022, p.18)

3. Vejeces y autonomía: reflexiones de cierre introductorias de una nueva investigación

Cada desarrollo epistemológico tiene su razón de ser temporal y espacial, y seguramente el presente se hace anclaje en una realidad que cada vez reclama con mayor fuerza la visibilidad de las vejeces y sus derechos, siendo un dato constante la presencia de sociedades cada vez más longevas.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, consagra en el artículo 6 el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, previendo que

"Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población.

Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado"

Y en el artículo 7 se reconoce el derecho de la persona mayor a desarrollar su autonomía,

"Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos…".

La política legislativa se hace eco del proceso de especificación de derechos humanos, donde la construcción de la subjetividad jurídica ha sido el eje y centro neurálgico. Norberto Bobbio lo ha definido como el "paso gradual, pero siempre muy marcado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos" (Bobbio, 1991, p.63).

Dentro de este proceso de especificación de derecho la autonomía toma un rol central, observándose que presenta diversos despliegues ante la dinámica de cada biografía, siendo ostensible su variabilidad frente a las posibles vicisitudes que acontecen en el devenir existencial de cada ciclo vital,

tomando un carácter especial ante escenarios de vejeces. El análisis sobre los alcances y horizontes de la autonomía, así como sus fronteras y límites, hace visible la necesidad de reflexionar sobre las vicisitudes de la vida y su incidencia en los despliegues de una autonomía dinámica, contextual y situada, por ello ante contextos de vulnerabilidad la autonomía debe ser acompañada por criterios de solidaridad.

Cada proceso de toma de decisión implica escoger entre distintas alternativas u opciones. Las decisiones modifican las situaciones y circunstancias existentes construyendo nuevos escenarios, ya que cada decisión trasciende en la realidad social, las normas y los valores, ya sea cambiándolas o manteniéndolas. En este sentido

"el ser humano 'es' en mayor o menor medida en las situaciones y las circunstancias y en las decisiones y los repartos con los que responde a ellas y el planteo trialista permite comprenderlas y resolverlas mejor. La propia noción de 're-parto' es afín a la de 'de-cisión': ambas se relacionan con 'cortar'. El ser humano es un ser que reparte y al hacerlo decide" (Ciuro Caldani, 2013, p.19).

Por ello resulta imprescindible poder advertir la complejidad en el devenir del desarrollo de la vida

"Desde el enfoque del curso de vida, el envejecimiento es un proceso de desarrollo complejo, cuya evolución está marcada por los «disciplinamientos» y valoraciones de la cultura y de la historia, y por las habilidades de adaptación de cada sujeto a lo largo de la vida. Por ello, no hay dos envejecimientos que sean similares. El proceso es potencialmente multidireccional, su devenir está atravesado por la cultura —sus metas, aspiraciones y nor-matividades— y por la historia —necesidades, vínculos, consensos y factores de poder— y genera notables diferencias de los sujetos entre sí" (Dabove, 2022, p. 19)

Continuando este hilo conceptual, procuraremos pensar desde la complejidad, ya que consideramos que sólo desde este modelo epistemológico podremos contemplar las diversas aristas de la autonomía, comprendiéndose en ella "el derecho a la vida" y "el derecho a hacer la vida" como diseño autorreferencial de cada persona en un contexto determinado, con lo cual "lo demás" y "los demás" -la otredad- atraviesa los despliegues de la misma.

La afirmación de la dignidad humana de cada subjetividad encarna el desarrollo de una vida digna comprensivo de la idea de dignidad en el proceso de envejecimiento, compresivo de los despliegues de autonomía. De alguna manera cuando hablamos de autonomía, pensamos sobre sus posibles

despliegues y alcances, ya que partimos de la idea de que la autonomía es relacional y situacional. Por ello, cada vez que elegimos lo hacemos desde un lugar, marcados por nuestras biografías e identidades y por nuestros contextos sociales, culturales y familiares. De alguna manera, ninguna decisión es totalmente autónoma -en sentido puro-, sino que se aproxima a los mayores rasgos de autonomía. Y esto no solo se relaciona con las religiones sino con innumerables creencias e ideologías que nos moldean y de alguna manera nos colonizan, por ello amplificar los horizontes de la autonomía y el cuidado en las vejeces resulta de vital trascendencia.

Estas líneas constituyen el inicio de futuros análisis sobre las vicisitudes de las vejeces, los despliegues posibles de la autonomía de la voluntad y la figura de apoyos en el desarrollo del cuidado y autocuidado de las vejeces. El edadismo no debe ser una cuestión limitante del despliegue de la personalidad, motivo por el cual urge desarrollar mecanismos de protección en el desarrollo del envejecimiento y los posibles cercenamientos de libertad por el contexto de referencia o familiar. En este aspecto el análisis de los centros de residencias, conocidos como hogares o geriátricos, toman un rol protagónico en la corresponsabilidad del cuidado de las personas mayores, contemplándose dentro de esta arista la necesidad de observar aquellos supuestos que pueden enmarcarse dentro de la noción de internaciones involuntarias conforme lo previsto por la ley de salud mental, de modo tal que la protección de la persona y su devenir se proyecte de manera holística y comprensiva de su dignidad. Asimismo, dentro de estos horizontes otro despliegue que urge investigar es el derecho a la interrupción de la vida ante el cansancio de vivir, desplegando los mecanismos de protección necesarios para que la decisión se sustente en una decisión autónoma de la persona y no por sentirse una carga dentro del entramado familiar. De lo narrado se puede advertir la constante complejidad que presenta el ciclo vital en sí mismo y en la relación con los demás, requiriéndose una mirada que trascienda los bordes disciplinares del derecho a fin de analizar los despliegues de la personalidad de manera holística.

En tal sentido, concluimos con las líneas de Dabove, quien destaca destaca que:

"En la vejez es frecuente sufrir hechos discriminatorios que violan el principio de igualdad, y producen efectos negativos sobre la vida de la persona mayor, sin razón suficiente, ni necesaria para hacerlo. En particular, dan inicio a un proceso sostenido de "desigualdades sobrevinientes por la edad", que angosta las oportunidades, derechos y deberes, sin otra justificación que la avanzada edad de sus destinatarios. Por ello, en cada relación jurídica que entablen, las personas mayores suelen quedar situadas en una posición

doblemente desventajosa: 1) respecto de las condiciones de acceso y de ejercicio de derechos con las que cuentan todas las demás personas, y 2) en relación con ellas mismas ya que, a partir de cierta edad (60; 65; 70 años o más), se les niegan derechos que hasta ese momento podían ejercer sin dificultades."(Dabove, 2024, p. 58)

Referencias bibliográficas

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistema.

Ciuro Caldani, M. Á. (1998). *La Teoría General del Derecho como sistema jurídico, urgente necesidad de la ciencia jurídica occidental.* (pp. 35-38). Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. Á. (2000). *La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas. Metodología Jurídica.* Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. Á. (2013). Aportes para la decisión jurídica (aportes jurídicos para la decisión). *Investigación y Docencia,* (46), 211–295

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8 de marzo de 2028). *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 349). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de marzo de 2019). *Caso Muelle Flores vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 375). https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=4012

Dabove, M. I. (2002). *Los Derechos de los Ancianos.* Ciudad Argentina.

Dabove, M. I. (2000). Razones iusfilosóficas para la construcción de un Derecho de la Ancianidad. *Jurisprudencia Argentina*, número especial sobre Bioética, 17-23.

Dabove, M. I. (2008). La problemática de la vejez en el derecho argentino: razones para la construcción del derecho de la ancianidad. *Estudios Interdisciplinares sobre o Envelhecimento, 13*(1), 7–26. https://doi.org/10.22456/2316-2171.6945

Dabove, M. I. (2009). Funcionamiento del Derecho en la Teoría Trialista. En Bentolilla J. (Coord.) *Introducción al Derecho.* La Ley.

Dabove, M. I. (2011) Autonomía y atención a las personas mayores en situación de dependencia en España: una cita entre generaciones.

Oñati Socio-Legal Series, 1(8), 35. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/192498/CONICET_Digital_Nro.7cb88c4e-6a96-4269-bda1-2e194f1d9892_B.pdf?sequence=2

Dabove, M. I. (2022). Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los Derechos Humanos, *Teorder,* (33), 14-37 https://doi.org/10.36151/TD.2022.049

Dabove, M. I. (2024). Cuidados en la Vejez: fundamentos y alcances de la Convención Interamericana. En M. I. Dabove (Dir.) *Apoyos y cuidados de personas adultas y mayores. De la curatela a la autonomía personal.* Astrea.

Fernández, S. E. (2024). Género, discapacidad y violencias: un enfoque interseccional en el ejercicio de derechos sexuales y no reproductivos. En M.I. Dabove (Dir.) *Apoyos y cuidados de personas adultas y mayores. De la curatela a la autonomía personal.* Astrea.

Gewürzmann, G. (2012). Representación social de la vejez y patología familiar, *Derecho de Familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia,* (40). 55-64.

Luna, F. (2008). Vulnerabilidad: la metáfora de las capas, *Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina.* 60-67.

Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?*. Siglo Veintiuno Editores.

Zabalza, G & Schiro, M. V. (2024). Cuidados: disidencias sexuales y de género en la vejez. En M. I. Dabove (Dir.) *Apoyos y cuidados de personas adultas y mayores. De la curatela a la autonomía personal.* Astrea.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS

¿Para ir afuera a hacer qué?: tensiones entre producción, reproducción, tiempo libre y ocio en ciudades turísticas desde una perspectiva de género

Almendra Aladro

CIGSA-UNMdP/CONICET

Resumen

La separación de la reproducción social y su subordinación a la producción de mercancías (Fraser, 2020) es parte de las lógicas de la producción del espacio y, en consecuencia, puede observarse en las formas hegemónicas en las que se intenta "ordenar" el territorio. Ese *corpus* normativo ha sido escasamente analizado desde la disciplina jurídica, mientras que, en otras disciplinas, el objeto ha sido la problemática de los usos del suelo respecto de las actividades productivas, con apenas incipientes intentos por pensar cuál es el lugar en el espacio social de la reproducción de la fuerza de trabajo.

El escrito recupera una de las líneas de la exposición ante la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados de la Nación del actual Secretario de Trabajo, Julio Cordero, durante el debate del proyecto de reducción de la jornada laboral, en septiembre de 2023. La imposibilidad de imaginar un mundo donde la clase trabajadora realice su derecho al tiempo libre y al ocio es parte de lo que Nancy Fraser (2020) caracteriza como una crisis socio-reproductiva intrínseca a las sociedades capitalistas.

En la provincia de Buenos Aires, el ordenamiento territorial busca satisfacer objetivos recreativos (art. 2º inc. c, Decreto/Ley 8912/77). Sin embargo, esta normativa también prioriza el capital especulativo y la preservación del interés turístico, relegando aspectos como comer, descansar, educar y sanar a un segundo plano, a menos que involucren renta o sean provistos por el Estado. La posibilidad de considerar a otros actores sociales como productores del espacio es marginal; estos actores son sólo mencionados en los instrumentos normativos y se les invita a participar en un espacio del que históricamente han sido productores.

La comunicación recorrerá las relaciones locales entre Geografía y Derecho (Hernández, 2018) desde una perspectiva crítica. Buscará sentar posiciones sobre algunas de las ficciones espaciales que la disciplina jurídica contribuye a forjar en miras a limitar el universo de representación de clase trabajadora en torno a la producción de sus condiciones de existencia. Así, tomando como punto de partida la problematización de los conceptos de tiempo libre y ocio, se trabajará sobre las complejidades que la realización de esos derechos encuentra en ciudades que privilegian la realización del capital turístico.

1. Introducción

La comunicación se adentra en las complejas interrelaciones entre la producción, reproducción, tiempo libre y ocio en el contexto de las ciudades turísticas, abordando estas dinámicas desde una perspectiva de género. En particular, se centra en la provincia de Buenos Aires y, más específicamente, en la ciudad de Mar del Plata, donde las normativas de ordenamiento territorial, aunque buscan satisfacer objetivos recreativos, priorizan el capital especulativo y el interés turístico por encima de las necesidades básicas de la población. Esta situación genera tensiones significativas, ya que la separación de la reproducción social de la producción de mercancías, como señala Nancy Fraser, se traduce en una crisis socio-reproductiva que afecta a la clase trabajadora.

A través de un análisis crítico de la legislación y la práctica jurídica desde las herramientas de la geografía jurídica, se exploran las implicancias de estas tensiones en la vida cotidiana de la clase trabajadora, que lucha por el reconocimiento de su derecho al tiempo libre y al ocio. Este enfoque permite visibilizar las contradicciones inherentes al sistema capitalista, donde la lucha por el tiempo libre y el ocio enfrenta múltiples obstáculos en su realización.

Al considerar la geografía jurídica y la producción del espacio, se busca entender cómo las políticas urbanas pueden ser reconfiguradas para promover un acceso equitativo a los espacios de ocio, garantizando así una mejor calidad de vida para lxs trabajadorxs.

2. El quehacer jurídico territorial en la costa bonaerense

El derecho urbanístico en Argentina se presenta como una subdisciplina emergente y difusa. Este segundo carácter tiene relación directa con la configuración del poder, la división jurisdiccional y la distribución de

competencias establecidas por la Constitución Nacional. En líneas generales, nuestro ordenamiento jurídico establece competencias legislativas en cabeza de los Estados nacional, provincial y municipal (arts. 121, 5, 123 y 129 C.N). En el caso de la provincia de Buenos Aires, existe una norma marco de ordenamiento territorial –el Decreto-Ley 8912/1977– y cada etapa en la cual interviene la jurisdicción municipal está acompañada por convalidaciones tanto de la Legislatura como del Poder Ejecutivo provinciales, en quienes reside la competencia de impedir la entrada en vigencia de un plan municipal ya aprobado por el respectivo Concejo Deliberante.

La descentralización a la que ha propendido la regulación de las relaciones socioespaciales –fenómeno que en Argentina se consolidó con la reforma constitucional de 1994– responde a un modelo global que lleva en desarrollo más de cuarenta años. Las jurisdicciones afianzadas facilitan el ejercicio de la autonomía para diseñar y llevar adelante normas programáticas, pero esto se da en un momento histórico donde el capital no reconoce fronteras, sino que requiere de los Estados acuerdos que faciliten su realización transnacional (Hernández, 2018).

Aun con normativa específica, la provincia no escapa a las falencias que caracterizan a la planificación urbana argentina, esto es, la falta de articulación con otros planes sectoriales , su dispersión y falta de jerarquización a través de instrumentos que vehiculicen su coordinación con planes de gobierno y permitan una duración en el tiempo apropiada a sus fines (Maldonado & Petrelli, 2024). Las propias autoridades de gobierno han reconocido décadas sin una política de organización territorial (Cazón, 2020)

Por otra parte, la reforma legal iniciada desde la sanción de la Ley 14.449 de Acceso Justo al Hábitat no ha logrado mostrarse eficiente en sus objetivos sociales. El número de urbanizaciones cerradas alcanzó 871 proyectos por un total de 300 kilómetros cuadrados en 2020, con un registro formal ante la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires de apenas 568 de ellos (Cazón, 2020), mientras que el número de villas y asentamientos precarios se eleva a 522 conforme el Registro Público Provincial de Villas y Asentamientos Precarios (RPPVAP).

3. El tipo ideal de la unidad balnearia

Históricamente el derecho ha excluido la posibilidad de interrogarlo sobre el espacio, convirtiéndolo así en una disciplina antigeográfica e imposibilitando el cuestionamiento sobre las relaciones sociales y el ejercicio

del poder (Castro, 2020). Al mismo tiempo, los estudios geográficos redujeron al derecho a simples axiomas aplicados de manera mecánicamente a un espacio estático. La geografía jurídica surge como una transdisciplina heredera de la geografía crítica y parte del presupuesto de que todos los aspectos, elementos y prácticas jurídicas se encuentran situadas, tienen un lugar en el espacio, son dinámicas o pueden ser referenciados espacialmente. En contrapartida, los espacios sociales, los lugares vividos y los paisajes tienen un significado jurídico ya que el derecho se proyecta sobre el mundo físico de diferentes maneras (Braverman et al, 2014). Este enfoque habilita una explicación "real" del fenómeno jurídico al enfrentarlo con las dimensiones espaciales de su aplicación. Esto supera la consideración simple y descriptiva del contexto de aplicación del derecho, enmarcando el análisis en las interrelaciones entre ambiente, personas e instituciones sociales (Bartel et al, 2013) y habilitando nuevas preguntas al expandir "*the practices of 'doing' law*"[8] (Brickell et al, 2021)[9]. Para este escrito, el enfoque permite evitar deslumbrarse con el sol veraniego de la costa bonaerense y avanzar en el cuestionamiento de la realización del capital turístico a través de la balnearización.

A nivel nacional, se considera playa marítima "la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial" (art. 235 CCC) y son bienes pertenecientes al dominio público. La provincia de Buenos Aires no cuenta con un régimen de manejo costero general, aunque sí existen normas dispersas que intentar ordenar su administración y explotación. La Ley 6.217 y sus modificatorias facultan al Poder Ejecutivo a convenir con los municipios que tengan playas marítimas o fluviales, la administración de las mismas y el otorgamiento de participaciones sobre el producido total o parcial de las tasas o derechos que se perciban por permisos o concesiones de uso. A su vez, el decreto-ley 13730/67 establece el convenio tipo para administración de playas por las municipalidades, estipulando el procedimiento, y determinando derechos y obligaciones de las partes integrantes del respectivo convenio. Cada municipio establece la reglamentación del uso de las playas marítimas de conformidad con la legislación superior.

En el caso del Partido de General Pueyrredón, la Ordenanza 4568 se produjo en el año 1979, década en la que se consolida Mar del Plata junto con otras localidades turísticas del litoral marítimo como unidad espacial, "una subregión, producto de la combinación del capital inmobiliario con el turístico como denominador común de la economía regional, siendo la balnearización

[8] El destacado corresponde al original.

[9] "(…) las prácticas de 'hacer el derecho'" (Traducción propia).

y la estacionalidad turística una expresión espacio-temporal inédita en el país" (Hernández, 2019) define la unidad de balneario como "un área de recreación ubicada sobre los sectores costeros de océanos, ríos. lagunas, cte., en las que se localizan instalaciones destinadas a proporcionar servicios diversos (servicios balnearios, gastronómicos, deportivos y complementarios) a través de una explotación comercial" (Municipalidad de General Pueyrredón, Ordenanza 4568, art. 1). En contraposición, se denominan playas públicas aquellas "áreas carentes de servicio cuando por razones de lejanía de los centros urbanos y/o por condiciones desfavorables de su morfología o acción climática no permitan su uso comercial en cuyo caso serán consideradas playas públicas" (Municipalidad de General Pueyrredón, Ordenanza 4568, art. 1).

Esta norma tiene dos particularidades que son de interés para esta comunicación. La primera de ellas es que la playa pública se define por su exclusión de la posibilidad de ser mercantilizada, cuando el régimen de dominio público –el artículo 2340 CC y ss.– es notoriamente preexistente a la Ordenanza e incluía a las playas del mar definiendolas como "la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias" (artículo 2340, inc.4 CC). Es decir, aún cuando por principio general los bienes de dominio público son inenajenables, la normativa municipal prioriza la concesión de su uso o explotación para establecer los conceptos centrales que definen la forma en la cual se establece el universo de posibilidades en la playa.

La segunda particularidad es la caracterización misma de la playa pública como aquella que se encuentra impedida de ser utilizada comercialmente, mientras que la unidad balnearia es intrínsecamente un lugar de recreación mercantilizable. El balneario es un lugar cómodo para el esparcimiento, cuenta con los servicios que una persona necesita para pasar un día a gusto junto al mar. La playa pública está lejos del centro urbano, tiene una morfología incómoda, tiene un clima poco acogedor.

Sucesivamente, el ordenamiento municipal incorporó normas sobre el acceso y uso de las unidades de balnearios, estandarizando su accesibilidad (Ordenanzas 7578 y 22233), regulando las actividades recreativas (Ordenanza 15642) y los servicios obligatorios (Ordenanza 15467), estableciendo competencias para la habilitación de unidades turísticas fiscales y balnearios privados (Decreto 3010-03 y 1796-19), reconociendo sitios de interés histórico (Ordenanza 21385), incorporando sujetos no humanos a su disfrute (Ordenanza 22905), entre otras.

El resultado del modelo normativo balnarizante es la habilitación de proyectos que, en muchos casos, aprovecharon inversiones públicas que mejoraron las áreas de playa para expandirse, o bien iniciaron con capital privado

(Hernández, 2019). Ello introduce conflictos socioespaciales cada vez más profundos. Es ya noticia habitual en lo medios locales al acercarse o explotar la temporada estival que vecinxs se organizan contra la apropiación privada de la franja costera., ya sea denunciando obras que atentan contra reservas naturales o alambrados que excluyen a cada vez más personas del espacio de uso público en la playa.

4. Tiempo libre, descanso y ocio

"Limitar la jornada de trabajo, ¿para qué? ¿Para ir afuera a hacer qué?", se preguntaba el actual Secretario de Trabajo de la Nación en su exposición ante la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados en el año 2023. El tiempo es un bien escaso y altamente valorado en el capitalismo, y ha sido uno de los objetos de la lucha de la clase trabajadora, que progresivamente logró limitar la jornada de trabajo desde el siglo XX. Pese a esta conquista, el tiempo lineal y cuantitativo –productivo– es uno de los grandes ordenadores sociales, por contraposición al tiempo natural y social, contradicción largamente descripta en la teoría de la ruptura metabólica marxista que busca explicar el distanciamiento entre la reproducción de la vida y el entorno natural –y proponer una salida superadora–.

Los análisis sobre uso del tiempo se han popularizado a partir de la problematización de las tareas no remuneradas desde una perspectiva de género, y se han puesto en diálogo con los estudios sobre la producción del espacio social (Scuro & Vaca-Trigo, 2017). Si bien este tipo de trabajos suelen partir de la definición de cuidados, la cual resulta insuficiente para explicar por sí misma las condiciones, características y grados en los que la clase obrera se produce y reproduce en la actualidad (Fraser, 2017) y porque se jacta de la recuperación del foco analítico en la división sexual del trabajo (Aguilar, 2019), el llamado de atención que realizan sobre la vida cotidiana es fundamental. Al igual que la producción de mercancías, la reproducción de la fuerza de trabajo tiene lugar principalmente en las ciudades, donde se organiza a través de cierto tipo de viviendas, instituciones educativas, servicios de salud, planificación urbana, entre otras (Ferguson, 2020). La actual crisis del capitalismo financiarizado, explica Nancy Fraser (2020), radica en que la reproducción social garantiza la acumulación de capital pero la propia acumulación de capital ilimitada desestabiliza los procesos intrínsecos de la reproducción social sobre la cual se apoya, lo que explica, por ejemplo, la gravedad de la crisis ambiental.

Henri Lefebvre propuso con su ritmoanálisis una auténtica revolución desde la vida cotidiana, donde se desarrollan el tiempo lineal y el tiempo cíclico, y desde el cuerpo, como el punto donde colisionan (Napoletano et al, 2023). Para el sociólogo francés, espacio y tiempo eran indisociables, y esta estrategia es la clave para estudiar el capitalismo en general, y las ciudades en particular.

Cabe aquí hacer algunas distinciones conceptuales para evitar tomar una noción lineal del tiempo de forma implícita. Una de estas categorías analíticas es la de tiempo libre, que refiere a "la porción de tiempo destinado a las actividades por fuera del trabajo (remunerado o no remunerado) y de las actividades personales consideradas básicas (dormir, comer y estudiar, entre las esenciales)" (INDEC, 2023). También la noción de descanso, intrínsecamente relacionada en Argentina al derecho a las vacaciones pagas, a los días feriados, y otros derechos conquistados durante el primer gobierno de Juan Domingo Perón, y comprendido en el marco de la limitación de la jornada laboral.

Se entiende aquí que el concepto más apropiado para problematizar las actividades que no se corresponden con las lógicas del capital es la de ocio.

Palabra inquietante para la moral capitalista (Damián, 2014), el ocio excede la mera disponibilidad de tiempo tras la jornada laboral y las actividades necesarias para la reproducción social, no debe ser pensado en función de su utilidad en términos del mercado del trabajo. Precisamente, no responde a ninguna obligación, causa satisfacción o goce al experimentarla, y no persigue ningún otro fin ajeno que el de su propia realización (Cuenca Cabeza, 2004). Es un concepto que encierra la potencialidad de humanizar la vida social, ya que se encuentra indisolublemente ligado al trabajo desde su entendimiento marxista como actividad creadora (Gomes & Elizalde, 2009).

5. La playa, la reproducción de la fuerza de trabajo y el ocio

Si bien la playa es entendida como territorio del ocio, éste último es en ese sentido comprendido como la cesación del trabajo, aunque requiere, en definitiva, de la actividad de otrxs trabajadorxs para garantizar esa "diversión y entretenimiento reposado" (Hernández, 2008). Este tipo de definiciones tienen su correlato en la concepción del turismo como derecho social durante la primera presidencia de Juan Domingo Perón.

Dicho programa de turismo social tuvo como objetivo la promoción del ingreso de las clases medias y bajas y de los trabajadores a las prácticas recreacionales a partir de la organización de paquetes turísticos y provisión de

servicios de hospedaje (Pastoriza, 2018), y con un subtipo específico de desarrollo a través de los sindicatos (Abalo & Fabbroni, 2016). Como se adelantó, este modelo surgió en el marco de reivindicaciones obreras más amplias, dentro de las cuales el derecho al descanso fue uno de los ejes fundamentales.

Bajo las políticas sociales de turismo, Mar del Plata pasó de ser una ciudad para el ocio de la elite porteña a un balneario de masas contemporáneo (Pastoriza, 2008). Junto con la expansión de la oferta turística, el turismo social significó "un fortalecimiento de las construcciones identitarias y de las representaciones sociales de los trabajadores sobre el espacio público y su apropiación subsecuente también de la reconfiguración del contenido y de la práctica del tiempo libre y del ocio de los trabajadores" (Abalo & Fabbroni, 2016). Esa ruptura con las élites intensificó la explotación balnearia, expandiendo la superficie concesionada y orientando los servicios ofrecidos a la satisfacción de las necesidades de descanso de los grupos familiares de clase media y alta (Hernández, 2019).

Según la encuesta sobre la percepción de los usuarios de las playas administrada entre septiembre de 2022 y marzo de 2023 (Chaparro et al, 2023). el ocio es la principal actividad que se realiza en las playas de Mar del Plata. A su vez, dentro de las características ideales que consideran que deben tener las playas se encuentran la limpieza, la tranquilidad y la exclusión de los balnearios. Esto último no excluye la necesidad de disponibilidad de servicios y espacio para el ocio, sino su accesibilidad pública. Del universo encuestado, el 90% consideró dentro de los aspectos a mejorar cuestiones vinculadas a los servicios disponibles en las playas –limpieza, mayor espacio público, infraestructura accesible, servicios, y facilidades para estacionar–.

La progresiva balnearización de Mar del Plata imprimió una continuidad entre la urbanidad lindera –con objetos turístico-urbanos que forman parte de la infraestructura de la ciudad– y el balneario –que emula esos objetos produciendo instalaciones turístico-balnearias propias, desmontables, efímeras– (Hernández, 2019). Esos objetos turístico-balnearios y los servicios mercantilizados que ofrecen los balnearios son la regla general del sentido común jurídico, que jerarquiza la unidad balnearia por sobre la playa pública. Así, el mercado turístico presiona las fronteras del dominio público sin demasiada resistencia (Pintos, 2023), conteniendo, a la inversa, a quienes acceden a la playa popular.

6. Conclusiones

El análisis de las relaciones entre el derecho, el espacio y la reproducción social en las ciudades turísticas revela la necesidad de repensar las políticas de ordenamiento territorial. La predominancia del capital turístico y la mercantilización del espacio público no solo limitan el acceso al ocio y al tiempo libre para la clase trabajadora, sino que también perpetúan desigualdades sociales y económicas que afectan desproporcionadamente a los sectores más vulnerables.

La jerarquización del mercado inmobiliario por sobre las estrategias de apropiación de la clase trabajadora resulta en una planificación urbana que ignora las dinámicas de la vida cotidiana. Es imperativo que se reconozcan y se valoren las contribuciones de todos los actores sociales en la producción del espacio, promoviendo un enfoque que priorice el bienestar colectivo sobre los intereses económicos. De esa forma, se podría comenzar a pensar en un modelo de desarrollo urbano que garantice el derecho al ocio y al descanso como elementos esenciales para la calidad de vida en las ciudades turísticas.

Referencias bibliográficas

Abalos, M. & Fabbroni, M. (2016). *El turismo sindical argentino como promotor ignorado en la historia del desarrollo turístico nacional. Actas científicas CIG – 77º semana de la Geografía*. Sociedad Argentina de Estudios Geográficos, p.34.

Aguilar, P.L. (2019). Pensar el cuidado como problema social. En: Guerrero, G.N; Ramacciotti, K.I. & Zangari, M. (comps.), *Los derroteros del cuidado*. Universidad Nacional de Quilmes, pp. 19-30.

Bartel, R., Graham, N., Jackson, S., Prior, J.H., Robinson, D.F, Sherval, M. & Williams, S. (2013). Legal Geography: An Australian Perspective. *Geographical Research 51*(4), pp.339-353.

Braverman, I., Blomley, N., Delaney, D. & Kedar, A. (2014). Introduction: Expanding the Spaces of Law. En: Braverman, I., Blomley, N., Delaney, D. & Kedar, A. (eds.), *The Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography*. Stanford University Press, pp. 1-29.

Brickell, K., Jeffrey, A. & McConnell, F. (2021). Practising legal geography. *Area, 53*(4), pp. 1-5.

Castro, M. V. (2020). Estudio preliminar. Derecho, espacio y poder. Trayectorias de la Geografía Legal y su utilidad para el análisis legal. En: Ford, R. T., Blomley, N., Braverman, I. & Valverde, M., *Derecho y geografía: espacio, poder y sistema jurídica.* Siglo del Hombre Editores, pp. 11-86.

Chaparro, M; Halpern, K., Bértola, G.R.; Mantecón, C.L; Vallarino, E.; Taverna, B.D; Del Río, J.L (2023). *Informe de resultados sobre playas ideales de Mar del Plata. Un análisis de resultados del sondeo sobre la percepción de los usuarios de las playas durante los meses de septiembre de 2022 a marzo de 2023*. Mar del Plata Entre Todos.

Cuenca Cabeza, M. (2004). *Pedagogía del ocio: modelos y propuestas*. Universidad de Deusto.

Damián, . (2014), *El tiempo, la dimensión olvidada en los estudios de pobreza y bienestar.* El Colegio de México.

Ferguson, S. (2020). *Women and Work: Feminism, Labour and Social Reproduction*. Pluto Press.

Fraser. N. (2017). Crisis of Care? On the Social Reproductive Contradictions of Contemporary Capitalism. En: Bhattacharya, T. (ed.). *Social Reproduction Theory Remapping Class, Recentering Oppression.* Pluto Press, pp.21-36.

Fraser, N. (2020). *Los talleres ocultos del capital. Un mapa para la izquierda.* Traficantes de Sueños.

Gomes, C. & Elizalde, R. (2009). Trabajo, tiempo libre y ocio en la contemporaneidad: Contradicciones y desafíos. *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, 8*(22), pp. 249-266.

Hernández, F. M. (2018). Norma, descentralización y ordenamiento territorial en la costa marítima bonaerense: El Decreto 3202/06 como caso de estudio. *Pampa* (17), pp. 107-140. https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Pampa/article/view/7703

Hernández, F. (2019). Estudio sobre la mercantilización de las playas en la costa marítima bonaerense. *Estudios socioterritoriales* (25), pp. 1-27. https://ojs2.fch.unicen.edu.ar/ojs-3.1.0/index.php/estudios-socioterritoriales/article/view/390/352

Maldonado, M.L. & Petrelli, H. (2024). El derecho territorial y urbano en Argentina. En: Lora-Tamayo Vallvé, M. & Vaquer Caballería, M. (dir.), *El derecho territorial y urbano en Latinoamética. Una aproximación.*Tirant Lo Blanch, pp.197-238.

Napoletano, B., Urquijo Torres, P. S., Clark, B., & Foster, J. B. (2023). El ritmanálisis de Henri Lefebvre y las fracturas metabólicas en el mar-

co histórico del Antropoceno. *Estudios Rurales, 13*(27). https://doi.org/10.48160/22504001er27.466

Pastoriza, E. (2008). Estado, gremios y hoteles. Mar del Plata y el peronismo. *Estudios Sociales*, (34). https://historiapolitica.com/datos/biblioteca/pastoriza.pdf

Pastoriza, E. (2018). Memoria obrera y turismo. Las vacaciones populares durante el Primer Peronismo: el caso del complejo turístico Chapadmalal. *Pasado Abierto*, (8), pp.116-140.

Pintos, P. (2023). Extractivismo inmobiliario y ficciones neoliberales de la naturaleza. Aportes para su teorización e identificación de mecanismos. En: Pintos, P. & Astelarra, S. (comps.), *Naturalezas neoliberales. Conflictos en torno al extractivismo urbano-inmobiliario*. El colectivo, pp.29-54

Scuro, L. & Vaca-Trigo, I. (2017). La distribución del tiempo en el análisis de las desigualdades de las ciudades de América Latina. En: Rico, M.N. & Segovia, O. (eds.). *¿Quién cuida en la ciudad? Aportes para políticas urbanas de igualdad*, CEPAL, pp.117-148.

Documentos/Informe

Instituto Nacional de Estadística y Censos (junio de 2023). *Uso y distribución del tiempo*. INDEC.

Normativa

Municipalidad de General Pueyrredón. (1979). *Ordenanza 4569*.https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o4568.pdf?v=3c2c7885ec85c-9f73e11a064f42900a8

Municipalidad de General Pueyrredón. (1991). *Ordenanza 7578*.https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o8324.pdf?v=a63c38d913a-50806dbd1474facc5cd02

Municipalidad de General Pueyrredón. (2015.) *Ordenanza 22233*. https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o22233.pdf?v=6e74d5b-2d73640283941e35e5361e4af

Municipalidad de General Pueyrredón. (2003). *Ordenanza 15642*. https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o15642.pdf?v=-3c58359929ec59e2ab133f157745e1ce

Municipalidad de General Pueyrredón. (2003). *Ordenanza 15467*. https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o15467.pdf?v=09a84b6680ae54bdc970560c3be4db93

Municipalidad de General Pueyrredón. (2013). *Ordenanza 21385*. https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o21385.pdf?v=b51bcdda5b43fde1d5719284f6990f7f

Municipalidad de General Pueyrredón. (2016). *Ordenanza 22905*. https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o22905.pdf?v=b68ed7bfe825ed779adfee4e6a8d3ff7

Municipalidad de General Pueyrredón. (2003). *Decreto 3010-03*. https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/dec/d3010-03.pdf?v=bfbb059e78b4c397f7a36a746a628c6e

Municipalidad de General Pueyrredón. (2019). *Decreto 1796-19*. https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/dec/d1796-19.pdf?v=831e65ac490d317ee89e3b0040169db6

Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires. (1977, 28 de octubre). *Decreto-Ley 8912/77*. Ley *de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo*. Sistema de Información Normativa y Documental de la Provincia de Buenos Aires. https://normas.gba.gob.ar/ar-b/decreto-ley/1977/8912/1102

Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (1959). *Ley 6217. Régimen de explotación de balnearios*. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires. https://intranet.hcdiputados-ba.gov.ar/refleg/l6217.pdf

Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (2013). *Ley 14449. Ley de acceso justo al hábitat*. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires. https://normas.gba.gob.ar/documentos/0ZYlKhqV.pdf

Artículos periodísticos

ARBA (19 de enero de 2024). ARBA detectó en Mar del Plata 120 mil metros cuadrados sin declarar en edificios y countries. *ARBA Prensa y comunicación*. https://web.arba.gov.ar/noticias/arba-detecto-en-mar-del-plata-120-mil-metros-cuadrados-sin-declarar-en-edificios-y

Cazón, S. (28 de octubre de 2020). Barrios cerrados: los ricos no piden permiso. *Página 12*. https://www.pagina12.com.ar/302171-barrios-cerrados-los-ricos-no-piden-permisos

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el siglo XXI

Mireya Castañeda Hernández
UNAM

Resumen

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales reconocidos en tratados internacionales en Naciones Unidas y en el Sistema interamericano desde finales del siglo XX, han comenzado a tener un abordaje importante en el presente siglo. La ponencia que se propone pretende abordar estos derechos a partir de dos documentos: la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y la sentencia interamericana de las comunidades indígenas Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina de 2020.

En 2015, en Naciones Unidas se aprobó la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, integrada por 17 Objetivos, algunos de ellos pueden relacionarse con los Derechos Económicos, Sociales y Ambientales, también reconocidos por Naciones Unidas. Esta agenda constituye una prioridad mundial. Fin de la pobreza, alimentación, salud, educación, trabajo, prohibición de discriminación e igualdad de género, agua limpia, además del desarrollo sostenible de forma transversal se encuentran entre los objetivos.

En 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia que aborda en parte los temas de la Agenda 2030, se trata del caso de las comunidades indígenas Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. En este fallo el tribunal interamericano abordó de forma muy novedosa diversos elementos como la propiedad de territorio ancestral, a la alimentación, al agua, a un medio ambiente sano, a la cultura y acceso a la justicia de las comunidades indígenas. Se trata de un leading case en estos temas que nos permite realizar un estudio de caso.

Se considera que el fallo, además de tener temas novedosos compartidos con la Agenda 2030, complementa elementos muy importantes, principalmente la vida cultural de la comunidad y la titularidad del territorio a comunidades indígenas. Los derechos culturales, parte de los DESCA,

reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y en el Protocolo de San Salvador, son los grandes ausentes de la Agenda 2030.

De igual forma, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas ampliamente abordados por la jurisprudencia interamericana y reconocidos en una relatoría temática de la Comisión Interamericana, además de su reconocimiento en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2006, por su complejidad no han recibido protección especial aún en un tratado internacional.

La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y la sentencia del caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) son documentos que invitan al análisis de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con una mirada pionera y novedosa, que como señala la Agenda 2030 (párr. 59) el planeta tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar común y que "Madre tierra" es una expresión en muchos países y regiones.

1. Introducción

Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales reconocidos en tratados internacionales de Naciones Unidas y del Sistema interamericano en el siglo XX, han comenzado a tener un abordaje importante en el presente siglo. Este escrito propone abordar estos derechos, los DESCA, bajo la lectura de dos documentos: la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y la sentencia interamericana de las comunidades indígenas Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina de 2020.

En 2015, en Naciones Unidas se aprobó la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, integrada por 17 Objetivos, algunos de ellos pueden relacionarse con los derechos económicos, sociales y ambientales, también reconocidos por Naciones Unidas. El estudio sobre la relación entre los DESCA y los ODS ha sido presentado como ponencia previamente en el V Congreso de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario, en Bogotá, Colombia en 2023. Los objetivos de Desarrollo Sostenible no derivan propiamente de obligaciones convencionales, pero se considera que al impulsar parte del objetivo, las obligaciones convencionales en materia de DESCA reiteran el compromiso y contribuyen a su implementación.

En 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia que aborda en parte los temas de la Agenda 2030, se trata del caso

de las comunidades indígenas Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020). Es un *leading case* en estos temas que nos permite realizar un estudio de caso sobre algunos Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales con una visión más amplia que el *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, de 2017 en donde se abordó la justiciabilidad de estos derechos a través del artículo 26 del "Pacto de San José".

Se considera que el estudio de estos dos documentos nos puede brindar una mirada actualizada de los DESCA, acentuando como prioridad en la agenda internacional su atención en la primera mitad del siglo XXI. Además de acudir a los estudios clásicos sobre estos derechos humanos como se desglosa en la Bibliografía.

La metodología que se utiliza para el presente escrito fue el método de comparación jurídica para interrelacionar los ODS y los DESCA. Por otro lado, se acude al método de estudio de caso dirigido a la sentencia interamericana dirigida a Argentina, sobre la comunidad Lhaka Honhat (Nuestra Tierra). Con un carácter explicativo, se busca descubrir los vínculos entre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y los derechos abordados en la sentencia (López González, 2013). En esta ocasión se trata de un estudio de caso único, que ha sido elegido para ampliar el conocimiento respecto al tema.

Se considera que la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y la sentencia del caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) invitan al análisis de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con una mirada pionera y novedosa, logrando brindar una mirada actualizada de estos derechos en nuestro siglo, tanto para una implementación progresiva, como apuntan los ODS, como con una visión más amplia a la sola justiciabilidad, como aboga el criterio interamericano objeto de estudio.

2. Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

Los derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales fueron reconocidos por vez primera en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, que dedicó parte de su contenido a ello, los derechos laborales, a la seguridad social, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, a la educación, a la salud y los derechos culturales.

La intención original era poderlos consolidar en un tratado vinculante, que se llamaría la Carta Internacional de Derechos Humanos, pero esto no fue

posible, sino que el Consejo Económico y Social al que se había encomendado parte de la elaboración propuso que se realizaran dos tratados internacionales, que finalmente fueron aprobados en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Argentina 1986 y México 1981). Es con este documento en donde nacen formalmente este nuevo grupo de derechos.

Una de las principales preocupaciones es la naturaleza de este tipo de derechos, que difería de la obligación de respeto que caracterizaría a los derechos civiles y políticos que ya tenían una trayectoria constitucional importante. Esto se logró subsanar con el artículo 2 del Pacto Internacional DESC, que obliga a los Estados a disponer del máximo de capacidades económicas y técnicas para lograr progresivamente, por todos los medios, la correcta implementación de estos derechos.

Para vigilar el cumplimiento del PIDESC, en un inicio se encomendó a ECOSOC recibir y vigilar los informes periódicos de los Estados, pero ante el incrementó de actividades y el número de informes se optó por seguir la tendencia de los otros tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas y crear el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha realizado una ardua labor de interpretación del Pacto, desarrollando criterios importantes a través de las Observaciones Generales que ha emitido. A este órgano de tratado se le ha adicionado la facultad de recibir peticiones individuales a través del último Protocolo Facultativo (Argentina 2011).

Posteriormente, en el ámbito interamericano también se lograría un reconocimiento de este tipo de derechos. Primero en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en 1969 (Argentina 1984 y México 1981), también conocida como "Pacto de San José". Posteriormente el "Protocolo de San Salvador", aprobado en 1988 (Argentina 2003 y México 1996), que de forma específica se refiere a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y agrega de manera bastante pionera el derecho a un medio ambiente sano en el numeral 11. En tanto en el numeral 19 se refiere a los medios de protección y se refiere en específico a los casos de los artículos 8 y 13 del Protocolo.

Para la justiciabilidad es entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el derecho (Abramovich, 1998, p. 139). En este caso la justiciabilidad de estos derechos no ha caminado de la misma forma que el resto de derechos consagrados en la Convención Americana. Destaca el Caso *Lagos Del Campo vs. Perú*, de 2017, en donde se ha referido a la violación específica del artículo 26 del "Pacto de San José" por una relación laboral.

De esta forma, se puede resumir que el nacimiento convencional de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales surge con motivo de la segunda posguerra a través de tratados internacionales de Naciones Unidas y a nivel regional en la Organización de Estados Americanos en el siglo XX. Los dos grandes retos han sido: 1) su implementación bajo el principio de progresividad, y 2) su justiciabilidad.

Sobre su implementación se tienen pasos importantes en el nuevo constitucionalismo latinoamericano que en varios países han fortalecido la implementación de tratados internacionales, lo que ha favorecido a la mejor adopción de estos derechos. Por mencionar algunos ejemplos destacan las constituciones de Colombia de 1992 y la reforma constitucional de Argentina de 1994, así como la reforma constitucional de 2011 en México (Castañeda, 2012).

3. La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible

Desde otra vertiente en Naciones Unidas primero se aprobó en el año 2000 la Declaración del Milenio que contempló entre sus metas el esfuerzo por lograr la plena protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas en todos los países (Resolución 55/2).

Posteriormente, en 2015, se aprobó la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible (Resolución 70/1), siendo un acuerdo de los gobiernos y adoptando 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas. Un elemento de suma trascendencia es que establece los ejes económico, social y ambiental. Los ODS y Metas son una prioridad acordada por los respectivos gobiernos en Naciones Unidas en este documento.

Para esta parte se desarrolla un estudio jurídico-comparativo. De la revisión de los 17 ODS se puede observar una concordancia entre algunos de ellos que retoman en parte el contenido de los Derechos Económicos, Sociales y Ambientales reconocidos en tratados internacionales, como se ha indicado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y en el "Protocolo de San Salvador" de la OEA. A continuación se presenta una correlación entre los ODS con los DESCA:

ODS 1 "Fin de la pobreza" se puede relacionar de cierta forma con el derecho humano a trabajar que se encuentra reconocido en los tratados internacionales sobre DESCA (art. 7 ambos tratados), aunque puede abarcar a ciertos grupos como la niñez que no sea la opción el trabajo.

ODS 2. "Hambre cero", se relaciona con el derecho a la alimentación (art. 11 PIDESC y 12 Protocolo de "San Salvador").

ODS 3. "Salud y bienestar", se relaciona con el derecho humano a la salud (art. 12 PIDESC y 10 Protocolo de "San Salvador").

ODS 4. "Educación de calidad", se relaciona con el derecho humano a la educación (a 13 ambos tratados).

ODS 6. "Agua limpia y saneamiento", con el derecho al agua, como se verá la Corte IDH en la sentencia que se toma para el estudio de caso se fundamenta con amplitud.

ODS 8. "Trabajo decente y crecimiento económico", se puede relacionar con el derecho humano a trabajar que se encuentra reconocido en los tratados internacionales sobre DESCA (art. 7 ambos tratados).

Por otro lado, los ODS 5 "Igualdad de género" y ODS 10 "Reducción de desigualdades" se relacionan con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación protegidos en los tratados referidos (art. 2 y 3 PIDESC y 3 Protocolo de "San Salvador") y otros tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2 y 3) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW Argentina 1985 y México 1981).

ODS 16 "Paz justicia e instituciones sólidas", que puede relacionarse también con la justiciabilidad de los DESCA, en este caso indicando en la meta 16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.

Los demás ODS se pueden relacionar con el derecho a un medio ambiente sano (11 Protocolo de "San Salvador"). El ODS 7, "Energía asequible y no contaminante", el ODS 9 "Industria innovación e infraestructura", el ODS 11 "Ciudades y comunidades sostenibles", el ODS 12 "Producción y consumo responsables", el ODS 13 "Acción por el clima", el ODS 14 "Vida submarina", el ODS 15 "Vida de ecosistemas terrestres" y el ODS 17 "Alianzas para lograr objetivos".

Algunos DESCA no están plenamente contemplados, como los derechos culturales (art. 15 PIDESC y 3 Protocolo de "San Salvador"), aunque una parte podría considerarse para el cumplimiento del ODS 9 "Industria, innovación e infraestructura".

Aunque el ODS 2 se puede relacionar con el derecho a la alimentación, no se contemplan los otros dos derechos derivados de un nivel de vida adecuado, como son vestido y vivienda (art. 11 PIDESC y 12 Protocolo de "San

Salvador"). Este último, el derecho humano a la vivienda podría relacionarse con el ODS 11 "Ciudades y comunidades sostenibles.

El objetivo de relacionar los ODS de Agenda 2030 con los DESCA ha sido identificar que la prioridad de la Agenda de Desarrollo Sostenible puede ser un motor de cambio en la implementación de los derechos de naturaleza económica, social y ambiental, establecidos en tratados internacionales y que son obligaciones para los Estados Partes.

Siendo parte de estos derechos Económicos, Sociales y Ambientales una prioridad para el siglo XXI; vale la pena tener en mente que la Agenda 2030 no contempla en plenitud los derechos culturales y el derecho a un nivel de vida adecuado que incluye derecho al vestido.

4. Las aportaciones de caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)

Respecto al Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), fue en el 2020, que el tribunal interamericano emitió este *leading case* en materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Resulta de interés por sus aportaciones generales sobre el tema y en particular sobre los derechos culturales.

Para esta parte se acude al método de estudio de caso, se trata de llevar la teoría aportada por Robert K. Yin, al estudio de la sentencia objeto de análisis (Yin, 1984). Para Yin, este tipo de método de estudio es apropiado para temas que se consideran prácticamente nuevos, como el que nos ocupa (Martínez Carazo, 2011, p. 174). El método de estudio de caso es una estrategia metodológica de investigación científica, a cualquier nivel y en cualquier campo de la ciencia. En el presente apartado se efectúa un estudio de caso único o de un *leading case* que puede liderar jurisprudencia. Es un estudio exploratorio, al tener un acercamiento a los DESCA que serán las unidades de análisis en el presente apartado (Martínez Carazo, 2011, p. 179).

En relación al *leading case* objeto de estudio se aplica la fase de observación del mismo, descripción como se efectuará en las siguientes páginas, reflexión y generalización inductiva, este último paso al poderse seguir como línea jurisprudencial. Se destaca por abordar de manera contundente y sin antecedentes derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, una categoría en la que abre al menos dos líneas jurisprudenciales; en primer lugar, por los derechos que contempla, en segundo, por abordarlos como parte del *corpus iuris* en la materia y como forma de reparación del daño.

En específico esta sentencia destaca al abrir una línea jurisprudencial al referirse a la propiedad comunitaria, al derecho al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y de manera sobresaliente a la vida cultural.

El caso se refiere a un reclamo de propiedad de comunidades indígenas, que tuvo lugar en la década de los noventa, sobre tierras ubicadas en la Provincia de Salta, en la parte norte de Argentina, que limita con la República de Paraguay y el Estado Plurinacional de Bolivia (Corte IDH, 2020, párrs. 46-47). La mayoría de la población indígena, que ha continuado en el lugar hasta la actualidad, pertenece a la etnia Wichí (Corte IDH, 2020, párr. 48).

La Corte Interamericana recordó que en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* de 2005, entendió que el derecho de propiedad protege no sólo el vínculo de las comunidades indígenas con sus territorios, sino también los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Para el Caso de la Asociación Lhaka Honhat, el tribunal interamericano notó y valoró las acciones estatales, pero no dejó de advertir que el derecho a la propiedad comunitaria indígena no se encuentra plenamente concretado o garantizado, pese al tiempo transcurrido (Corte IDH, 2020, párr. 48).

El tribunal interamericano advirtió que el Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) es el primer caso contencioso en el que debe pronunciarse sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural a partir del artículo 26 de la Convención (Corte IDH, 2020, párr. 201). Este tribunal anteriormente afirmó su competencia para determinar violaciones al artículo 26 de la Convención Americana y ha señalado que el mismo protege aquellos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) que se deriven de la Carta de la Organización de Estados Americanos (Argentina 1956 y México 1948).

Por ello, la Corte IDH aborda en el fallo el reconocimiento normativo y, en lo relevante para el caso, del contenido de los derechos aludidos, la interdependencia de los cuatro derechos y las particularidades pertinentes de los mismos respecto de pueblos indígenas (Corte IDH, 2020, párr. 201).

El tribunal interamericano determinó como principales causas de la violación de derechos la presencia de ganado en el territorio de las comunidades indígenas víctimas y actividades desarrolladas por la población criolla afectando el agua existente en el lugar y el acceso de comunidades indígenas al agua potable; además, de la degradación ambiental que produce la tala ilegal (Corte IDH, 2020, párr. 331). De tal suerte el tribunal interamericano determinó que Argentina violó, en perjuicio de las comunidades indígenas

víctimas del presente caso, sus derechos, relacionados entre sí, a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua, contenidos en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar los derechos prevista en el artículo 1.1 del mismo instrumento (Corte IDH, 2020, párr. 289).

El caso de la Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) objeto de análisis se estudia como caso único toda vez (López Gónzalez, 2013, p. 171), como se ha señalado, aporta de manera novedosa el pronunciamiento de un tribunal internacional sobre derechos que antes no lo había realizado, la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua, estos son unidades de análisis en el resto de escrito.

4.1. Derecho a un medio ambiente sano

En el Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), el tribunal interamericano manifestó sobre el *derecho a un medio ambiente sano* que debe considerarse incluido entre los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, dada la obligación de los Estados de alcanzar el "desarrollo integral" de sus pueblos y con la Carta de la OEA, respecto a sus artículos 30, 31, 33 y 34 (Corte IDH, 2020, párr. 202).

El tribunal interamericano recordó su Opinión Consultiva OC-23/17 "Medio ambiente y derechos humanos" y afirmó que el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal y es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, y que como derecho autónomo protege los componentes del ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza, no solo por su "utilidad" o "efectos" respecto de los seres humanos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta (Corte IDH, 2017, párr. 203).

Refiriéndose a Argentina, reconoció que a nivel constitucional, reconoce el derecho al ambiente sano. El artículo 41 de la Constitución Nacional expresa que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. Las autoridades proveerán a la protección de

este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales (Corte IDH, 2017, párr. 204).

También recordó la Constitución de Salta, que en su artículo 30, establece que todos tienen el deber de conservar el medio ambiente equilibrado y armonioso, así como el derecho a disfrutarlo. Los poderes públicos defienden y resguardan el medio ambiente en procura de mejorar la calidad de vida, previenen la contaminación ambiental y sancionan las conductas contrarias.

El tribunal interamericano también recordó que consagran el derecho a un medio ambiente las Constituciones de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

El fallo también identifica que el Estado Argentino es parte del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (Argentina 2003), que en su artículo 11, se refire al medio ambiente sano (Corte IDH, 2017, párr. 205). Señaló que la Corte ha tenido en cuenta que diverçsos derechos pueden verse afectados a partir de problemáticas ambientales, y que ello puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad como los pueblos indígenas y las comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales (Corte IDH, 2017, párr. 209).

Con relación a nuestro estudio comparativo el derecho al medio ambiente sano lo podemos relacionar en su totalidad con la Agenda 2030.

4.2. Derecho a una alimentación adecuada

El tribunal interamericano en el Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), refiere sobre el derecho a una alimentación adecuada el artículo 34 de la Carta de la OEA, así como el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Además, el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador, expresa que toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual (Corte IDH, 2020, párr. 212).

El tribunal interamericano también refiere en la sentencia la fundamentación en torno al derecho a la alimentación en Naciones Unidas, recuerda

el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Destacó que el Comité DESC, con base en el PIDESC, ha desarrollado con claridad el contenido del derecho a la alimentación. Refiere la Observación General 12 "El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)" del Comité DESC (Castañeda, 2015), donde señaló que el "contenido básico" del derecho a la alimentación comprende la *disponibilidad* de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada y la *accesibilidad* de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos (Corte IDH, 2020, párr. 217).

También recordó la Corte Interamericana que la Constitución Nacional de Argentina, en su texto sancionado el 15 de diciembre de 1994, señala en su artículo 75 inciso 22 que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros instrumentos internacionales, "tienen jerarquía constitucional". Por ende, el derecho a la alimentación, en el modo en que está recogido por dichos instrumentos, tiene "jerarquía constitucional" (Corte IDH, 2020, párr. 214).

En tanto, la Constitución de Salta, reconoce en términos generales el derecho a la salud, estrechamente ligado a la alimentación, y tiene normas específicas sobre alimentación en relación con "la infancia" y "la ancianidad".

Respecto a la concordancia planteada el derecho humano a la alimentación se relaciona con el ODS 2.

4.3. Derecho al agua

El tribunal interamericano en el Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), señaló que el *derecho al agua* se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, como asimismo el derecho a la salud, del que también este Tribunal ya ha indicado que está incluido en la norma (Corte IDH, 2020, párr. 222).

El tribunal interamericano destacó que la Declaración Universal de los Derechos Hum anos contempla en su artículo 25 el derecho a "un nivel de

vida adecuado", como también lo hace el PIDESC en su artículo 11. Este derecho debe considerarse inclusivo del derecho al agua, como lo ha hecho notar el Comité DESC, que también ha considerado su relación con otros derechos. De este modo, también en el ámbito universal se ha determinado la existencia del derecho al agua pese a la falta de un reconocimiento expreso general. Sí hacen referencia expresa al agua algunos tratados del sistema universal como la Convención sobre los Derechos del Niño (Argentina 1990 y México 1990), en el artículo 24, o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Argentina 1985 y México 1981), en el artículo 14, referido a "problemas especiales a que hace frente la mujer de las zonas rurales".

Se recuerda también que en Naciones Unidas la Asamblea General ha emitido distintas resoluciones relativas al agua, entre las que se encuentran las siguientes: la Resolución 64/292 titulada "El derecho humano al agua y el saneamiento" (2010), la resolución 2349/07 "el agua, la salud y los derechos humanos" y la resolución 2760/12 "el derecho humano al agua potable y el saneamiento". En la resolución 2349/07 se reconoce el uso ancestral del agua por parte de las comunidades urbanas, rurales y pueblos indígenas, en el marco de sus usos y costumbres (Corte IDH, 2020, párr. 224).

El tribunal interamericano también recordó la labor del Comité DESC en su Observación General 15 "El derecho al agua". En donde ha expresado que el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Destacó elementos como: a) *La disponibilidad.* El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos; b) *La calidad.* El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables; c) *La accesibilidad.* El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte".

Respecto a la concordancia planteada el derecho humano al agua se relaciona con el ODS 6.

4.4. Derecho a participar en la vida cultural

El tribunal interamericano en el Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), señaló en lo concerniente al *derecho a participar en la vida cultural,* que incluye el *derecho a la identidad*

cultural, y se refirie a su fundamento a partir de la Carta de la OEA (Argentina 1956 y México 1948), en sus artículos 30, 45 f., 47 y 48.

Del sistema interamericano refiere el artículo XIII de la Declaración Americana indica, en lo pertinente, que "toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad"; así como también el "Protocolo de San Salvador", que reconoce en su artículo 14.1.a. "el derecho de toda persona a participar en la vida cultural" (Corte IDH, 2020, párr. 232).

El tribunal interamericano señaló como fundamento de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 27.1, que dispone: "toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad". Y el PIDESC que en su artículo 15.1.a. señala "el derecho de toda persona a participar en la vida cultural" (Corte IDH, 2020, párr. 234).

Por otra parte, el tribunal interamericano señala que la Constitución Nacional de Argentina, asignó "jerarquía constitucional" a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Declaración Americana, a la Convención Americana, al PIDESC y al PIDCP. En particular respecto a pueblos indígenas su artículo 75, estableció que "corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos", y también que le corresponde, entre otros deberes, "garantizar el respeto a su identidad" (Corte IDH, 2020, párr. 235).

De igual forma, la Constitución de Salta, por su parte, en su artículo 52 "asegura a todos los habitantes el derecho a acceder a la cultura" e indica que el Estado "promueve las manifestaciones culturales colectivas". Además, de modo puntual sobre pueblos indígenas, el artículo 15 de la Constitución salteña, entre otras cosas, dice que "la Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta, y que reconoce y garantiza el respeto a su identidad".

El tribunal interamericano también destaca los textos constitucionales de diversos países de la región, con denominaciones diversas, por ejemplo, "identidad cultural" y "diversidad cultural", en términos generales y/o en relación con pueblos indígenas o tribales, tutelan la identidad cultural y/o la participación en la vida cultural. Entre las disposiciones relevantes pueden señalarse la Constitución de Bolivia (art. 30); la Constitución de Brasil (art. 215 y 231); la Constitución de Colombia (art. 7); la Constitución de Ecuador (art. 21 y 23); la Constitución de Guatemala (art. 57, 58 y 66); la Constitución de México (art. 4); la Constitución de Nicaragua (art. 5 y 89 a 91); la Constitución de Panamá (art. 90); la Constitución de Paraguay (art. 63 y 65); la Constitución de Perú (art. 2 y 89), y la Constitución de Venezuela (art. 121).

En lo referente al concepto pertinente de "cultura", el tribunal interamericano tomó en cuenta lo señalado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que la ha definido como "el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias". En este sentido, los Estados están en la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar "políticas que favorezcan la inclusión y la participación de todos los ciudadanos para que así se garantice la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz". Por ello, "el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural" (Corte IDH, 2020, párr. 237).

El tribunal interamericano también recuerda lo aportado por el Comité DESC en su Observación General 21 "Derecho de toda persona a participar en la vida cultural" , destacando, sobre la realización del derecho a participar en la vida cultural: a) la *disponibilidad,* que conceptuó como la presencia de bienes y servicios culturales, entre los que destacó "dones de la naturaleza" tales como "ríos", "bosques", "flora" y "fauna", así como "bienes culturales intangibles, entre otros costumbres y tradiciones, así como valores, que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y comunidades"; b) la *accesibilidad,* que consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura; c) la *aceptabilidad,* que implica que las leyes, políticas, estrategias, programas y medidas adoptadas por el Estado para el disfrute de los derechos culturales deben formularse y aplicarse de tal forma que sean aceptables para las personas y las comunidades de que se trate; d) la *adaptabilidad*, que se refiere a la flexibilidad y la pertinencia de las políticas, los programas y las medidas adoptados por el Estado en cualquier ámbito de la vida cultural, que deben respetar la diversidad cultural de las personas y las comunidades, y e) la *idoneidad*, que se refiere a la realización de un determinado derecho humano de manera pertinente y apta a un determinado contexto o una determinada modalidad cultural, vale decir, de manera que respete la cultura y los derechos culturales de las personas y las comunidades, con inclusión de las minorías y de los pueblos indígenas (Corte IDH, 2020, párr. 241).

En el caso antes analizado, Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), se aborda un tema novedoso que además se relaciona con una parte importante de los Objetivos de Desarrollo Sostenible que contempla la Agenda 2030. Como se dio cuenta en las páginas anteriores la sentencia se refiere de manera pormenorizada a la fundamentación en tratados internacionales de Naciones Unidas y del

sistema interamericano. Destacan algunos elementos como el acudir a la interpretación de la Carta de la OEA, la fundamentación del derecho al agua y la referencia a Observaciones Generales del Comité DESC. Este es un *leading case* en los temas que aborda y puede abrir una línea jurisprudencial interamericana al referirse a la propiedad comunitaria, al derecho al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y de manera sobresaliente a la vida cultural (López González, 2013, p. 140).

Respecto a la concordancia planteada los derechos culturales son los grandes ausentes en la Agenda 2030; no obstante, podría tener cierta relación la propiedad intelectual con el ODS 9, relativo a la industria, innovación e infraestructura.

5. Consideración final

El escrito presenta la reflexión sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales bajo una lectura de dos documentos: la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y la sentencia interamericana de las comunidades indígenas Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), lo que nos brinda una mirada actualizada de los DESCA en nuestro siglo, su reflexión nos lleva lo siguiente:

PRIMERO. Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales fueron reconocidos en diversos instrumentos internacionales, como tratados internacionales de Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano, logrando mecanismos de protección y órganos de interpretación como el Comité DESC de Naciones Unidas y la Corte IDH.

SEGUNDO. En Naciones Unidas se aprobó la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, que contempla 17 Objetivos (ODS). Se efectuó una comparación entre los ODS y los DESCA reconocidos en tratados internacionales, lo que da como resultado que una correlación importante en temas económicos, sociales y ambientales, como son la alimentación, la salud, el agua, el trabajo y el medio ambiente en sentido amplio. Los posibles ausentes serían los derechos culturales, a la vivienda y al vestido, aunque también se les podría dar a los dos primeros una lectura integrada en la agenda. Dicha relación nos permite indicar que los DESCA, unidos a la agenda 2030, representan una prioridad para el siglo XXI.

TERCERO. La Corte IDH en el Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, aborda también de forma novedosa ciertos DESCA, como son el derecho al medio ambiente, el derecho a la alimentación, el derecho al agua

y los derechos culturales. Esta sentencia representa un *leading case* al abrir una línea jurisprudencial interamericana en estas materias.

CUARTO. Se concluye que el estudio de estos dos documentos nos brinda una mirada actualizada de los DESCA, acentuando como prioridad su atención en la primera mitad del siglo XXI.

Referencias bibliográficas

Abramovich, V. (1998). Los Derechos Económicos, Sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En L. González Volio (Ed.), *Presente y futuro de los derechos humanos: Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez* (pp. 137-162). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Editorial Trotta.

Castañeda, M. (2012). Recepción constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. En *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer Centenario, Tomo: Derecho constitucional de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Castañeda, M. (Comp.). (2015). *Compilación de tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

López González, W. O. (2013). El estudio de casos: una vertiente para la investigación educativa. *Educere, 17*(56), 139-144.

Martínez Carazo, P. C. (2006). El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento & Gestión,* (20), 165-193.

Parra Vera, Ó. (2011). *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Yin, R. K. (1984). *Case study research: Design and methods.* Sage Publications.

Documentos

Organización de las Naciones Unidas. (2000). *Declaración del Milenio* (Resolución 55/2 de la Asamblea General, A/RES/55/2). https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2015*). Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (Resolución 70/1 de la Asamblea General, A/RES/70/1). https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de febrero de 2020). *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 400). corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de agosto de 2017). *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 340). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de junio de 2005). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 125). corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017). *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (Serie A No. 23). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). *Observación general N° .12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)* (E/C.12/1999/5). Organización de las Naciones Unidas. undocs.org

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2003). *Observación general N° . 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* (E/C.12/2002/11). Organización de las Naciones Unidas. undocs.org

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2009). *Observación general N°. 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* (E/C.12/GC/21). Organización de las Naciones Unidas. undocs.org

Bases de datos

Ratificación de tratados ONU https://indicators.ohchr.org/

Tratados consultables en https://acnudh.org/tratados-internacionales-de-derechos-humanos/

Sobre Observaciones Generales del Comité DES: https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cescr/general-comments

La autonomía municipal en la provincia de Buenos Aires: una asignatura pendiente a 30 años de la reforma constitucional de 1994

Elsa María del Carmen Lloret
UNICEN

Resumen

La Reforma constitucional trajo importantes enmiendas, no solamente en el plexo de los derechos constitucionales, por incorporación de 14 instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, es decir que comparten juntamente con la Constitución la cúspide de la pirámide, sino también en el "derecho constitucional del poder", tanto desde la división horizontal, en la tríada clásica de Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, como en la distribución vertical del mismo, es decir, Nación, Provincia, Municipios y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al decir de Bidart Campos (2004), opinión a la que adherimos, la Reforma de 1994, modificó en mucho la estructura del poder, si se la compara con la histórica de la constitución fundacional de 1853/60 y en lo que respecta a las presentes reflexiones centraremos la mirada en los municipios de la provincia Buenos Aires, ya que la constitución federal reconoce en el Art.123 la autonomía municipal.

El objetivo de la presente reflexión es visualizar la aplicación efectiva de la autonomía municipal y como la demanda ciudadana incide en la agenda local, y de qué manera se resuelve el desequilibrio entre recursos y funciones asumidas, y cómo se dirimen los conflictos de poder ante la incursión del municipio en espacios competenciales del gobierno provincial.

1. Introducción

La Constitución Nacional, consagra - en su Artículo 123, el estatus autonómico de los municipios argentinos, trasladando al Derecho Público

Provincial, la delimitación de los alcances y contenidos de dicha autonomía, en sus aspectos institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Al decir "autonomía", señala Rossatti (2006, p.57), la Constitución Nacional reconoce que existe "algo en común" en todos los municipios del país, y al derivar a las provincias la delimitación del alcance de la autonomía, admite que las realidades locales no son idénticas, que tienen matices, diferencias y asimetrías y que cada provincia es la escala válida para ponderarlas.

La ponderación de las heterogeneidades locales en el contexto provincial, requiere de datos objetivos que permitan traspasar el mero voluntarismo o peor aún, la arbitrariedad. La pregunta acerca de "cuáles deben ser los criterios a considerar para establecer una jerarquización de las distintas comunidades territoriales, que permitan categorizarlas jurídicamente (asignándoles mayores o menores grados de autonomía en sus aspectos institucionales, políticos, administrativos, económicos y financieros, según sea el caso), no puede tener una sola respuesta (Rossatti, 2006, p.57).

Los municipios en las últimas décadas, han tenido que asumir nuevas funciones, teniendo que dar respuestas más amplias y afrontar exigencias de eficacia y eficiencia, muchas veces con escasos recursos o sin las capacidades técnicas y de gestión necesarias.

2. Competencias propias del Municipio asignadas por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Ley Orgánica de Municipalidades (L.O.M) Decreto-Ley 6769/58

El concepto de competencia, es independiente al de autonomía municipal, aunque creemos que la autonomía dota de mayores competencias a los municipios.

Antes de comenzar a visualizar cuales son las competencias constitucionales y legales que poseen los Municipios en la Provincia de Buenos Aires, nos aproximaremos a un concepto jurídico de competencia; al decir de Sayagués Laso (1953), "es la aptitud de obrar de las personas públicas y de sus órganos". En Derecho Público, la competencia se asemeja al concepto de capacidad del Derecho Privado, aunque en Derecho Privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; en Derecho Público la competencia es la excepción y la incompetencia es la regla; es decir que toda persona jurídica pública o sus órganos pueden hacer todo aquello que le esté expresamente permitido por la Constitución y por la Ley. El principio es que "pueden hacer

todo lo que está permitido", mientras que para las personas físicas por imperio del Art. 19 de la CN "pueden hacer todo aquello que no esté prohibido".

La atribución de competencia a una persona jurídica de Derecho Público, admite diversos sistemas. En el Derecho comparado, el primero, es el de enumeración concreta, propio de los países anglosajones el municipio sólo ejerce competencia en las materias determinadas en la ley; el segundo sistema propio de los países europeos y de algunos Latinoamericanos consiste en el reconocimiento de la universalidad de la competencia municipal, basada en nociones de bienestar, prosperidad, conveniencia, interés general para basar genéricamente la competencia municipal y el tercero es el mixto, utilizado en algunos países americanos, consiste en una enumeración concreta efectuada por la ley, seguida de una cláusula general que amplía la competencia (Hernández, 2003).

El último de los sistemas de determinación de competencia, es el seguido por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Ley Orgánica de Municipalidades 6769/58 (L.O.M), por ejemplo, en su art. 27 luego de establecer cuál es la actividad a reglamentar por el Concejo Deliberante en su inciso final establece: *"*…Y toda otra materia vinculada a los conceptos y estimaciones contenidas en el artículo 25"[10].

A los fines del presente trabajo, es necesario hablar de otra clasificación respecto a la competencia municipal; el derecho argentino divide a las competencias en propias o exclusivas del gobierno comunal, concurrentes y delegadas.

Sostiene Hernández (2003) que:

"las propias o exclusivas son todas aquellas que constitucionalmente o legalmente ejerce la municipalidad en forma exclusiva para servir con eficacia, dinamismo, responsabilidad y economía los intereses de la población y el territorio y los requerimientos de su propia administración; las concurrentes son aquellas que para atender los intereses de la población y el territorio ejerce la nación, la provincia y la municipalidad en jurisdicción de ésta, así ocurre en materia de salud pública, educación, energía, vialidad, vivienda, transporte, obras sanitarias, previsión social, seguridad pública, cuando actúan en el ámbito comunal organismos nacionales, provinciales y municipales" y delegadas "aquellas que legalmente corresponden a la nación o a las provincias pero se

[10] Según el artículo 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, Decreto Ley 6769/58 "Las ordenanzas deberán responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales".

atribuyen para su ejecución, supervisión, vigilancia o control a las autoridades comunales, sea por ley o por convenio interjurisdiccional".

Afirma Marchiaro (2013) citando a Rossatti que

"La llamada materia propia municipal, cualquiera sea el criterio que se adopte para definirla, está sujeta a vaivenes (que se traducen en crecimientos o decrecimientos de competencia) generados por el doble juego de relación entre lo público y lo privado (con su ámbito de transferencias horizontales) y lo nacional, provincial y municipal (con su ámbito de transferencias verticales). De este juego de fuerzas, surgen los grados o niveles de reconocimiento o asignación de competencias".

Además, entiende el autor que:

"sea por una u otra técnica de asignación de competencias, está muy claro en Argentina que estas no solo surgen de lo dispuesto en la constitución provincial, la carta orgánica municipal cuando se la puede dictar o en su caso le ley provincial orgánica de municipios. Hay una importante "dispersión" normativa en la fijación misma de las competencias materiales: primero por leyes provinciales de tenor diverso que regulan materia municipal de modo directo (plazos administrativos, personal municipal, contratación pública) o indirecto (regulaciones sobre temas variados que tocan materia local, como en aguas, en discapacidad, etc)".

De la Vega de Díaz Ricci (2006), sostiene que ha de entenderse por competencia como un:

"conjunto de potestades de un orden de gobierno en relación con una o más materias ligadas al interés respectivo y que se ejercen en una jurisdicción territorial. Se entrecruzan, por un lado, las potestades –de ordenación, de gestión, sancionatorias, etc.- y, por otro, los objetos sobre los que se aplican las potestades y que pueden ser concretados o especificados en diferente grado, por ejemplo, urbanismo, planificación urbanística, aprobación de planes generales, concesión de licencias, concesión de licencias especiales, declaración de ruina, etc".

Entiende, asimismo, que:

"La atribución de competencias puede efectuarse mediante diferentes criterios de delimitación, ya sea adjudicando la totalidad de la materia en algunos casos, o en otros la legislación total, la reglamentación, la coordinación, el fomento. A su vez, pueden asignarse ámbitos materiales exclusivos o concurrenciales y esto según criterios materiales o finalistas".

Las competencias que asumen los municipios se vinculan con el mayor o menor grado de autonomía asignado a estos. Hernández (2003), citando a

Marienhoff, sostiene que la autonomía "denota siempre un poder de legislación, que ha de ejercitarse dentro de lo permitido por el ente soberano. De modo que autonomía es un concepto político, porque político es el poder de la propia legislación".

Cualquier competencia municipal, sea la del servicio público o la del poder de policía municipal, debe partir del legítimo ejercicio de la autonomía municipal, la que en su faz administrativa bien puede seleccionar tal o cual técnica de organización de los servicios locales, pero partiendo siempre de que el interés público local se traduce en lo competencial como "materia propia municipal", clave de bóveda del rol municipal argentino (Marchiaro, 2013).

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 190, estipula que la administración de los intereses locales estará a cargo de una Municipalidad y el art. 191 establece que corresponde a la legislatura provincial deslindar las atribuciones y responsabilidades a cada departamento, confiriéndoles las facultades para atender eficazmente todos los intereses locales. Disposiciones que se complementan con lo establecido en el art. 192 inc. 6 que dispone como atribuciones del régimen municipal dictar las ordenanzas y reglamentos dentro de lo establecido por la Constitución provincial.

Tanto la Constitución de la Provincia de Buenos Aires como la L.O.M, Decreto ley 6769/58 establecen competencias a los municipios que pueden encuadrarse dentro de las competencias materiales propias de los municipios, y que tradicionalmente han sido llevadas a cabo, las mismas pueden esquematizarse en cuatro áreas:

A. La planificación y construcción de la ciudad entendiendo esto como las tareas de construcción y mantenimiento de la infraestructura urbana: Establece la L.O.M en su Art. 27 que "Corresponde a la función deliberativa municipal reglamentar: 1. - La radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales. 2.- El trazado, apertura, rectificación, construcción y conservación de calles, caminos, puentes, túneles, plazas y paseos públicos y las delineaciones y niveles en las situaciones no comprendidas en la competencia provincial. 3. - La conservación de monumentos, paisajes y valores locales de interés tradicional, turístico e histórico. 4. - La imposición de nombres a las calles y a los sitios públicos. 6. - La instalación y el funcionamiento de abastos, mataderos, mercados y demás lugares de acopio y concentración de productos y de animales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales" y finalmente en el Inc. 9 se estipula que le corresponde al

Concejo "La instalación y el funcionamiento de establecimientos sanitarios y asistenciales; de difusión cultural y de educación física; de servicios públicos y todo otro de interés general en el partido, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia".

B. La regulación y control de la ciudad y de las actividades económicas en el territorio: esta función se denomina desde la doctrina como "poder de policía". Su regulación normativa encuentra fundamento en el Art. 192 Inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que establece "Tener a su cargo el ornato y salubridad"… y el Art 25 de la L.O.M "Las ordenanzas deberán responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales", el Art. 26 de la L.O.M " Las ordenanzas y reglamentaciones municipales podrán prever inspecciones, vigilancias, clausuras preventivas, desocupaciones, demoliciones, reparaciones, adaptaciones, restricciones, remociones, traslados, secuestros, allanamientos según lo previsto en el artículo 24º (**) de la Constitución, ejecuciones subsidiarias, caducidades y cuantas más medidas fueren menester para asegurar el cumplimiento de sus normas".

Además, en el Art. 27 inc. 8 de la L.O.M se estipula que corresponde a la función deliberativa establecer "Las condiciones de higiene y salubridad que deben reunir los sitios públicos, los lugares de acceso público y los baldíos"[11].

[11] La L.O.M en los diversos incisos del Art. 27, establece una enumeración taxativa, sobre la función deliberativa municipal: 16: "La habilitación y el funcionamiento de los espectáculos públicos: como asimismo la prevención y prohibición del acceso para el público, por cualquier medio, a espectáculos, imágenes y objetos que afecten la moral pública, las buenas costumbres y los sentimientos de humanidad, particularmente cuando creen riesgos para la seguridad psíquica y física de los concurrentes o de los participantes; 17. - La prevención y eliminación de las molestias que afecten la tranquilidad, el reposo y la comodidad de la población, en especial las de origen sonoro y lumínico, así como las trepidaciones, la contaminación ambiental y de los cursos de agua y el aseguramiento de la conservación de los recursos naturales; 18. - El tránsito de personas y de vehículos públicos y privados en las calles y caminos de jurisdicción municipal, atendiendo, en especial a los conceptos de educación, prevención, ordenamiento y seguridad, así como en particular, lo relativo a la circulación, estacionamiento, operaciones de cargas y descargas, señalización, remoción de obstáculos y condiciones de funcionamiento de los vehículos, por medio de normas concordantes con las establecidas por el Código de Tránsito de la Provincia, 19. - La ubicación, habilitación y funcionamiento de guardacoches, playas de maniobras y de estacionamiento; 20. - La expedición de licencias de conductor, en las condiciones establecidas por la legislación y reglamentación provincial; 21. - El patentamiento de vehículos que circulen por la vía pública, que no estén comprendidos en regímenes nacionales o provinciales; 22. - El transporte en general y, en especial, los servicios públicos de transporte de pasajeros, en cuanto no sean materia de

Respecto a la potestad que tiene el Municipio de regular las actividades económicas en el territorio, en el fallo Shi Jinchui contra Municipalidad de la Ciudad de Arroyito, la Corte Suprema de Justicia (CSJN, Shi, 2021), estableció que los municipios, dentro de la esfera de su competencia, son titulares del poder de policía municipal; en cuanto a su contenido, dicho poder se encuentra limitado a las materias constitucionalmente autorizadas. Además, agregó que La Ordenanza 1660, al regular la apertura y cierre de negocios dentro del ámbito de la Municipalidad de Arroyito ha sido dictada por el municipio en ejercicio del poder de policía que le reconoce la Constitución de la Provincia de Córdoba, el cual, abarca la facultad de establecer restricciones al horario comercial.

En cuanto a la fundamentación de la norma municipal, la Corte sostuvo que "es el derecho de la comunidad local que está realmente en juego a preservar su modo de vida, su idiosincrasia, una modalidad social particular y local". La costumbre de respetar el domingo, mantenida durante trece años, no es una mera enunciación de intenciones u objetivos a trazar: sino una decisión deliberada con un amplio consenso de los vecinos, que tiende a proteger un estilo de vida comunitario.

C. La acción social directa sobre la pobreza extrema. Otra de las competencias que ha sido históricamente asumida por el municipio, es la acción directa sobre la pobreza. Entendida, como la entrega de alimentos, medicamentos, vestimenta y materiales de construcción con el fin de dar respuesta inmediata a un problema. El Art. 192 inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, lo delimita de la siguiente forma, "tener a su cargo los establecimientos de beneficencia que no estén a cargo de sociedades particulares, asilos de inmigrantes que sostenga la Provincia, las cárceles locales de detenidos y de Vialidad Pública" y el Art 25 de la L.O.M, estipula que "Las ordenanzas deberán responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales".

D. La administración de recursos del gobierno local, que, si bien es aquella de menor efecto social, fue tradicionalmente la de mayor crédito para la lógica institucional. Regulado en el Art 192 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Inc. 5 "Votar anualmente su presupuesto y los recursos para

competencia nacional o provincial; 23. - Los servicios de vehículos de alquiler y sus tarifas; 24. - La construcción, ampliación, modificación, reparación y demolición de edificios públicos y privados, así como también sus partes accesorias; 25. - Lo referente a las propiedades ribereñas y condominio de muros y cercos; 26. - Los servicios fúnebres y casas de velatorio; 27. - El funcionamiento de comisiones o sociedades de fomento".

costearlo, administrar los bienes raíces municipales, con facultad de enajenar tanto éstos como los diversos ramos de las rentas del año corriente, examinar y resolver sobre las cuentas del año vencido, remitiéndose enseguida al tribunal de Cuentas…" Inc. 6 "Dictar Ordenanzas y Reglamentos dentro de estas atribuciones". Inc. 7 "Recaudar, distribuir y oblar en la Tesorería del Estado las contribuciones que la Legislatura imponga al Distrito para las necesidades generales…".

En cuanto a la administración de los recursos locales, en el fallo Municipalidad de la ciudad de La Plata contra Provincia de Buenos Aires, donde se discutía el tema de la eliminación de residuos urbanos, la Corte Suprema sostuvo que "el sistema implementado le impide desarrollar su propio procedimiento de eliminación de residuos, al obligarle a disponer de ellos únicamente por intermedio del C.E.A.M.S.E. y que el art. 6 quebranta su patrimonio, cuando impone que las tarifas que facture dicha sociedad deben ser abonadas por las municipalidades comprendidas, al igual que los reajustes y/o intereses punitorios que tuvieran que aplicarse por eventuales moras en su pago".

Otro fallo que admite la plena autonomía municipal, en cuanto a la fijación y recaudación de tasas, como la de seguridad e higiene, y sobre qué base imponible debe fijarse es la causa Esso contra Municipalidad de Quilmes. En este caso, el Máximo Tribunal, reconoce que el Municipio de Quilmes tiene autonomía de fijar vía Ordenanza, la base imponible sobre la que se fijará la Tasa de seguridad e Higiene (TSH). La misma se fijará, sobre el "costo global" y destacó que ese costo ha de ser razonable y proporcional al gasto que irroga el servicio que retribuye. Por lo tanto, se fijó la base imponible sobre el total de los ingresos brutos de Esso que percibía en el resto de los Municipios de la Provincia de Buenos Aires (CSJN, Esso Petrolera, 2021).

3. Demandas ciudadanas y funciones asumidas por los municipios en la Provincia de Buenos Aires

Además de las competencias que tradicionalmente el municipio ha ejercido, que mencionamos anteriormente, la sociedad o la ciudadanía demanda del gobierno local ciertas funciones. Algunas de ellas, son el cuidado del medio ambiente, la seguridad pública, educación y salud que, debido a ciertos procesos condicionantes, como la globalización y la desarticulación del Estado de bienestar, ha debido asumir. En ese sentido, competencias que estaban a cargo del Estado Nacional y Provincial han sido delegadas a los gobiernos comunales, obligándolos a tomar decisiones y a asumir tareas para

las cuales no tienen la habilitación legal y/o constitucional, ni los recursos financieros y económicos correspondientes.

Villar (2004, p. 30), hace una distinción entre "competencias" y "funciones", señalando que se suelen encontrar funciones asumidas por los municipios que no se clasifican como competencias legalmente establecidas, pero que rara vez se prohíben". El autor define a las funciones municipales de la siguiente manera:

"son aquellas tareas que el imaginario social asigna al gobierno local, exigiendo su cumplimiento a los funcionarios públicos, éstas son el producto de las demandas y requerimientos de la sociedad, las cuales no se realizan de forma explícita y puntual, sino que se expresan de formas variadas de acuerdo al contexto histórico. Las funciones se confunden habitualmente con las competencias municipales, que son aquellas tareas asignadas al gobierno local por el marco legal vigente".

Entiende, además, que:

"durante los años noventa, la desarticulación del Estado del Bienestar y el proceso de reformas económicas estructurales a escala nacional y provincial generó crecientes demandas ciudadanas, lo que obligó a redefinir las viejas funciones municipales. Entre las más trascendentes, se verificó una variación cualitativa en la asistencia social, que se modificó sustancialmente respecto de la atención de grupos vulnerables (menores, jóvenes, drogadictos, desempleados, ancianos, discapacitados) así como en el enfoque más vinculado a la promoción".

Con respecto a la denominación que Villar (2004) hace, sobre funciones municipales, entendemos que, desde un punto de vista jurídico, las funciones corresponden a las competencias concurrentes[12], que están en cabeza de la Nación, Provincia y Municipalidad, el problema se presenta cuando legalmente o por convenio se desplazan esas competencias al gobierno local, pero no así los recursos para implementarlas y ejecutarlas.

Con respecto a las nuevas funciones del Estado municipal, que registran un notorio crecimiento en los últimos años, encontramos:

- El cuidado del medio ambiente: La cuestión del medio ambiente, ha planteado un desafío en tanto que desdibuja el deslinde de competencias, por

[12] Son aquellas que para atender los intereses de la población y el territorio ejerce la nación, la provincia y la municipalidad en jurisdicción de ésta, así ocurre en materia de salud pública, educación, energía, vialidad, vivienda, transporte, obras sanitarias, previsión social, seguridad pública; cuando actúan en el ámbito comunal organismos nacionales, provinciales y municipales".

la gran importancia que tiene hoy solventar políticas que determinen el cuidado del espacio físico en el que nos movemos, que no puede quedar en manos de un solo poder por conllevar un gran trabajo sobre todo en el control por ejemplo de la contaminación medioambiental, o de la incorporación en el plan de desarrollo territorial de todo lo atinente a medidas de seguridad, salubridad e higiene que garanticen a la población la salud medioambiental. El Art. 41 de la CN, pone en cabeza de los tres niveles de gobierno el deber de diseñar un sistema normativo y de gestión para la protección del ambiente como realidad social concreta o ideal social. La protección del ambiente se torna así en una finalidad del orden jurídico y del derecho (Mancini, 2003, pp. 44-45).

Sostiene, Marchiaro (2014) que:

"la interpretación mayoritaria en nuestro derecho público entiende que esta nueva concurrencia implica que ahora hay un "piso ambiental" fijado por la carta magna nacional y la legislación dictada en consecuencia con directa aplicación en las provincias, las que en todo caso pueden hacer de más pero no de menos (principio de "complementariedad maximizadora"). Y dicho esquema se reproduce a la par en la relación Nación-Provincia-Municipio. Claro que este "hacer o exigir de más a nivel local" es permitido dentro de la competencia municipal, por lo que no se puede obrar extramuros ni invadir competencias de los niveles provincial ni nacional. Ahora bien, esto que parece tan simple no lo es, en tanto la mayor cantidad de competencias que se ponen en juego en nuestro tiempo son de tipo concurrentes, las que tienen grados y niveles diferentes de coordinación"[13].

- La regulación y control de los servicios públicos prestados por empresas privadas o concesionarios: La regulación de la comunidad local ha sido una función tradicional del municipio, lo que ha variado al decir de Iturburu (2000) es "el objeto de la misma". En las Constituciones de Chaco y Salta se establece participación de los municipios interesados en los órganos de control de los servicios públicos; en la de Santa Cruz, los municipios pueden crear comisiones especiales permanentes, integradas por los representantes oficiales de los consumidores, que colaboren con las

[13] El Dr Marchiaro entiende, que no se trata de prohibir estas actividades en todo el país o en todos los municipios, sino en aquellos sitios que requieren especial tutela y si esto no lo realiza la Nación o Provincia bien puede el municipio. Desde ya con la fundamentación del caso, siendo suficientes los motivos sanitarios y ambientales, que operan como un techo ambiental. Pero es común que se funden también estos decisorios en el bloque de derechos humanos, tocándose entonces piso y techo. Así lo hicieron los municipios de El Bolsón, Villa de Merlo y San Marcos Sierra respecto de los agroquímicos. Otro caso es el del municipio de Cinco Saltos, Provincia de Río Negro, que en el 2013 prohibió la actividad petrolera de francking por resultar incompatible con la actividad frutihortícola existente y un curso de agua regional.

autoridades en la prevención y represión de todo abuso del poder económico o que tienda a eliminar la competencia (Iturburu, 2000).

El Municipio ha asumido el control y aplicación de sanciones, por ejemplo, a través de la puesta en marcha de oficinas de Defensa del Consumidor, que a partir de la firma de convenios logran la delegación de facultades legales importantes para la intervención del Estado local en defensa de los vecinos.

- La seguridad ciudadana: hace referencia a programas de prevención comunitaria que pueden implementarse desde la comuna. Por ejemplo, la creación de foros municipales de seguridad a nivel local, los que permiten coordinar las políticas a implementarse en el distrito entre el gobierno municipal, la policía provincial y las fuerzas vivas locales. Adicionalmente, se han desarrollado proyectos de equipamiento policial financiados por el propio municipio. En este marco se incluyen también experiencias de cooperación de la comunidad, como la creación de los senderos seguros o la implementación de alarmas comunitarias.

Así en la Provincia de Buenos Aires, en el año 2014, el gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Daniel Scioli, firmó el Decreto 373/14, mediante el cual ordena la creación de la Superintendencia de Seguridad Local. Dicha medida, tenía como objetivo fortalecer la prevención del delito a nivel municipal y potenciar la descentralización operativa de la policía.

A su vez, por Resolución del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, No 835[14], se crean las Unidades de Policía de Prevención Local, mediante ellas el estado provincial pone en acción una serie de estrategias

[14] Según el Art 8 de la Resolución 835 del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires son funciones de la Policía de Prevención Local:

1. Realizar actividades de observación, patrullaje y vigilancia
2. Efectuar la prevención primaria.
3. Implementar mecanismos de disuasión frente a actitudes y hechos delictivos o contravencionales.
4. Hacer cesar la comisión de delitos y contravenciones e impedir sus consecuencias
5. Intervenir en los conflictos relacionados con la violencia de género, a cuyo fin serán dotados con un sistema de comunicación diferenciado, vehículos identificables, participación de personal femenino y los recursos materiales necesarios para un efectivo tratamiento de dicha problemática.
6. Impedir que los hechos delictivos o contravencionales, tentados o cometidos, produzcan consecuencias delictivas ulteriores.
7. Establecer una relación estrecha con la comunidad en la labor preventiva.
8. Colaborar con las tareas de análisis preventivo, en base a mapas delictivos que se deberán confeccionar y mantener actualizados.
9. Coordinar con el esfuerzo policial con el resto de los agentes que intervienen en la comunidad
10. Prestar auxilio u orientación, en la medida de lo necesario, a todo vecino que así lo requiera.

relacionadas con prevención y promoción de espacios de seguridad, actuando con características de policía de proximidad.

A pesar de que unos 40 municipios se adhirieron al Decreto 373/14, y avanzaron con la creación de sus policías locales, nunca se logró la autonomía y que el manejo de las fuerzas de seguridad dependiera de los intendentes. La Policía Local, terminó prácticamente fusionada a la bonaerense, bajo el mando del Ministerio de Seguridad.

- Educación: como Derecho debe ser garantizado por los tres niveles de Gobierno. La Constitución Nacional de acuerdo al Art. 5 establece que las provincias en ejercicio de su autonomía deben garantizar la educación primaria, hoy extendida también al nivel secundario.

En 2006, el Congreso Nacional sancionó la Ley Nacional de Educación 26.206, que busca fortalecer los principios básicos sobre los que se sustenta la educación pública: la equidad, la justicia, la solidaridad y el bien común. Un aspecto muy positivo, es que esta ley reestablece las obligaciones del Estado respecto de la educación primaria y, las amplía respecto de la educación media.

El rol del gobierno municipal respecto al tema Educación, ha sido tratado por la doctrina, por ejemplo, autores como Poviña (1967, p. 67), entiende que "las funciones educacionales surgen de las relaciones de vecindad, o de actividad de la comunidad propia del régimen municipal".

Otros autores, como Hernández (1984, p. 194), incluyen como competencias especiales de los municipios fomentar el establecimiento de las escuelas municipales (Art. 204 Constitución de la Provincia de La Rioja). Dana Montaño (1963, p. 191), circunscribe la creación y fomento de establecimientos de cultura intelectual y física e instrucción primaria dentro de las funciones administrativas del municipio.

Iturburu (2000) entiende. que "en general se legisla que el municipio, debe proteger o colaborar en el ejercicio del poder de policía en materia educativa, reservando el protagonismo al gobierno provincial".

En el año 2005, a través de la ley 26.075 el Gobierno Nacional, el de las provincias y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aumentaron la inversión en educación, ciencia y tecnología, y mejoraron la eficiencia en el uso de los recursos con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades de aprendizaje, apoyar las políticas de mejora en la calidad de la enseñanza y fortalecer la investigación científico-tecnológica. Asimismo, se reafirma el rol estratégico de la educación, la ciencia y la tecnología en el desarrollo

económico y socio-cultural del país[15]. En el Art. 7 del precepto legal, se estipula, el reparto automático de los recursos del Fondo de Financiamiento Educativo a los municipios para cubrir gastos ligados a la educación.

Los recursos son aportados por la Nación a las provincias y, en el caso bonaerense, se envían directamente a los municipios. De todos modos, el fin con el que se distribuyen es ciertamente amplio: educación, cultura, ciencia y tecnología.

- Salud Pública: Por tratarse al igual que la educación, y el derecho a un ambiente sano, de derechos humanos, deben ser garantizados por los tres niveles de gobierno. El acceso al derecho a la salud, es una típica competencia concurrente entre Nación, Provincia, Municipio y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El ejercicio de tal competencia se lleva a cabo a través de dos modalidades: la coordinación y la cooperación entre los diversos niveles de gobierno.

Si es de coordinación, se caracteriza por la superioridad del coordinador sobre el coordinado o "poder de dirección". Una de las partes de la relación gubernamental, comúnmente el poder central, interviene con competencia propia en el ejercicio de atribuciones ajenas, muchas veces afectando la autonomía del coordinado.

Al poco tiempo, de producida la reforma constitucional federal de 1994, la Provincia de Buenos Aires, emprendió su propio proceso revisor. Entre otras modificaciones, incluyó una regla expresa tuitiva del derecho a la salud. En efecto, en el Art. 36, Inc.8, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reconoce a la salud como derecho social.

La Provincia de Buenos Aires, garantiza a todos sus habitantes el acceso al derecho a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación, promueve la educación para la salud, la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico dependientes.

Una de las características, más relevantes, del sector provincial de salud es la heterogeneidad de los procesos que originaron su actual conformación. Así, pueden mencionarse de manera breve y un tanto esquemática, la

[15] Esta ley se dicta en virtud de lo dispuesto por el Art. 75 Inc. 3 de la Constitución Nacional, que prevé que se pueden hacer asignaciones específicas de recursos coparticipables. En este sentido, la Ley de Financiamiento Educativo establece que un porcentaje de la coparticipación nacional que reciben los Estados provinciales debe ir a sostener la educación.
Para cumplir con esa disposición, cada año, el Ministerio de Educación de la Nación establece la afectación de fondos que debe realizar cada jurisdicción. En consonancia con esa medida, parte de la coparticipación federal que llega a la provincia lo hace con "afectación específica" para ser aplicada al financiamiento educativo, hasta cubrir los montos preestablecidos.

descentralización de funciones del ámbito nacional al provincial y de éste hacia los municipios y la transferencia de poder hacia los hospitales.

Asimismo, se da el proceso inverso de concentración de funciones en un sentido ascendente: donde se registran algunas acciones de re-centralización, la reasunción del ejercicio de funciones por parte de la provincia, por ejemplo, la provincialización de hospitales, y la municipalización de las salitas de salud, hasta entonces en manos de las sociedades de fomento (Chiara; Moro; Ariovich & Jimenez, 2010).

En la Provincia de Buenos Aires, el sistema de salud tiene una cobertura amplia en el sub-sector público, que depende del Ministerio de Salud y se articula con las Secretarías de Salud de los Municipios, a través de doce Regiones Sanitarias, las cuales constituyen el espacio de decisión político-técnica orientado a planificar y resolver la problemática sanitaria desde la perspectiva local. Cada Región sanitaria, cuenta con un Consejo Regional de Salud integrado por el Director de la Región Sanitaria, los Intendentes de los municipios y los Directores de los hospitales (Chiara; Moro; Ariovich & Jimenez, 2010).

4. Hacia algunas reflexiones finales

El primer interrogante, es cómo debe institucionalizarse la autonomía municipal en la provincia de Buenos Aires. Evidentemente tarde o temprano la Constitución bonaerense deberá consagrar la pauta autonómica. Sin embargo, repetidos son los planteos de inoportunidad, económica y/o social, respecto a una eventual convención reformadora o una enmienda constitucional.

De allí, que la duda que surge es si sólo vía reforma constitucional se puede garantizar la autonomía de los municipios bonaerenses; o quizá un escenario de modificación de la L.O.M también podría resultar una vía admisible. Al respecto, diversas son las respuestas que sobresalen. Algunos sostienen, entre ellos Sabsay (2000, p. 8), que la solución legislativa al problema de la autonomía municipal, si bien importa un paso auspicioso sólo permite llegar a un reconocimiento autonómico semipleno, pues, no podría otorgarles a los municipios la posibilidad de redactar sus propias cartas orgánicas.

La descentralización formal, incluye la transferencia de poderes desde los niveles superiores de gobierno hacia los municipios, lo que ha generado nuevos campos de intervención para los gobiernos locales, tales como la administración cotidiana de políticas sociales y programas de empleo transitorio, la asistencia a la micro, pequeña y mediana empresa, y la atención

primaria de la salud. No obstante, resulta paradójico que esta descentralización no haya sido acompañada por un cambio profundo en el marco legal, siendo habitual la delegación a través de decretos y resoluciones.

La descentralización de facto, puede ser definida como aquella transferencia de poderes que no está legalmente respaldada pero cuyas tareas deben ser asumidas por la emergencia de los acontecimientos: el apoyo económico a las fuerzas de seguridad, el fomento a la inversión privada, el mantenimiento y reparación de la infraestructura escolar, la preservación del patrimonio cultural y natural, o la reparación transitoria de redes viales interjurisdiccionales, parecen ser parte de las tareas, que deben llevar adelante los municipios ante la irregularidad o la ausencia en el cumplimiento de estas funciones por parte de los niveles superiores de gobierno .

La L.O.M, que nos rige en la actualidad, se sustenta en la constitución provincial del año 1934, siendo propia de una realidad institucional y social muy distinta a la de estos tiempos. Dicha Ley, trata a todos los municipios por igual, ya sean rurales, industriales, turísticos, sin tener en cuenta las marcadas diferencias entre unos y otros que van desde la densidad de población, pasando por lo económico hasta lo cultural y social.

La dependencia que tienen las municipalidades hacia el gobierno provincial es total, limitando su dominio sobre la toma de decisiones y desenvolvimiento en la gestión. Sucede que, por un lado, los Estados Nacionales y Provinciales delegan permanentemente responsabilidades a los municipios, muy pocas veces acompañada de recursos. Por otro lado, no permiten ejercer libremente sus facultades, sino que debe ajustarse a un presupuesto regido por la provincia, reduciendo el desempeño de su mandato a un simple acatamiento de órdenes que devienen del poder superior.

La transición hacia un municipio autónomo implica como primer paso la implementación de políticas de descentralización, como la transferencia de la recaudación impositiva y la gestión de programas de salud y acción social hacia el ámbito municipal.

Más allá de cualquier debate doctrinario sobre si el poder tributario de los municipios es originario o derivado, es innegable que la Constitución establece que los municipios son entidades de gobierno autónomos. Esto implica, necesariamente, que tienen poder de imposición propio, cuyo propósito es la de cumplir con las responsabilidades inherentes a los municipios y con aquellas transferidas desde la Nación y las provincias.

Cuando nos referimos a la plena autonomía de un municipio, uno de los aspectos clave es su autonomía económica y financiera. En el contexto del

proceso de descentralización interna en nuestro país, es vital que los municipios tengan la capacidad de autogestionarse en asuntos financieros y tributarios. Ello hace que es municipio, no solo administre sus propios recursos, sino también que tenga ingresos suficientes para cumplir con las funciones asignadas, incluidas aquellas transferidas por la Nación y las provincias. A medida que se les asignan más responsabilidades, es necesario que los municipios cuenten con mayores ingresos, los cuales deben venir de un mayor poder tributario.

Y así lo ha entendido nuestro Máximo Tribunal en la causa Esso al considerar que "dentro del "derecho a los medios" para la subsistencia del municipio, se encuentran los recursos provenientes de la potestad tributaria que titularizan, la cual les permite "…generar sus rentas y recaudar para invertir y controlar sus recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder, complementando así las facultades de administración que le son propias".

El fallo Esso, empoderó a los municipios, quienes, podrán incluir en la base imponible de la Tasa por inspección de seguridad e higiene en relación a los establecimientos, locales, ubicados en el ejido municipal, no sólo el costo de los servicios que presta y retribuye dicha tasa, sino además el total de los ingresos brutos atribuibles a la provincia donde se encuentre el municipio.

La realidad económica que se vive hoy en día no es ajena a los Municipios, quienes deben satisfacer las necesidades de la población con los escasos recursos que poseen. Esto se refleja, en una profunda crisis financiera que dificulta la gestión municipal y trae aparejada la disconformidad generalizada por parte de la gente hacia la misma. Dicha crisis, es motivada principalmente por dos razones.

La primera de ellas es la reducción en los valores coparticipados como consecuencia de una similar crisis en los Estados provinciales. Los valores coparticipados son aquellos tributos que recauda la Nación y distribuye a las provincias, según la Ley de Coparticipación Federal. Los gobiernos provinciales, a su vez, son los responsables de atribuir a las municipalidades el porcentaje correspondiente de recursos.

La segunda razón, es la crisis socioeconómica que afecta a los ciudadanos, y que acarrea la disminución en los índices de cobrabilidad, y como consecuencia, la reducción de los valores totales recaudados. Los ciudadanos, sumergidos en una crisis económica, en la que se ven obligados a bajar costos, tienden a retrasar o a suspender el pago de impuestos, como antídoto inmediato ante la nueva realidad. A partir de esta última situación, surge la necesidad de un replanteo de la política fiscal, en la que los Municipios

se caracterizan por aplicar esquemas tributarios regresivos, que no hacen más que recaer, gran parte de la carga tributaria, en los sectores de la población más afectados y debilitados por la recesión del país.

La autonomía municipal se presenta como la ruta para efectuar los cambios necesarios a nivel local. La participación democrática de los ciudadanos, la planificación estratégica, el presupuesto participativo, el desarrollo local autónomo y la creación de empleo productivo son algunas de las opciones para contrarrestar las tendencias actuales de concentración de poder y riqueza.

Hay un camino que comenzó hace 30 años y que aún no se ha concretado en la provincia de Buenos Aires, y es por ello que coincidimos con el Maestro Néstor Losa (2013), cuando afirma que "la autonomía efectiva constituye una herramienta para la gobernabilidad de nuestros días y una garantía para el colectivo. Tal autonomía debe armonizarse con las que ostentan los otros niveles".

Referencias bibliográficas

Bidart Campos, G. (2004). *Compendio de Derecho Constitucional.* Editorial Ediar.

Chiara, M., Moro, J., Ariovich, A. y Jiménez, C. (2010). *"La política Sanitaria Local en el Municipio de Malvinas Argentinas (Gran Buenos Aires): de la Búsqueda de Autonomía al Liderazgo como prestador en la Región".* Universidad Nacional de General Sarmiento. https://repositorio.ungs.edu.ar/handle/UNGS/195

Cravacuore, D., Ilari, S. y Villar, A. (2004). El fenómeno de la innovación en los gobiernos locales. En *La articulación en la gestión municipal: Actores y Políticas* (pp. 12-18). Universidad Nacional de Quilmes. http://biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/agm.pdf

De La Vega de Díaz Ricci, A. (2006). *La autonomía municipal en el bloque constitucional local.* Facultad de Derecho UCM.

Di Paola, M.E y Oliver, M.F (2002). "*Autonomía Municipal y participación Pública. Propuestas para la Provincia de Buenos Aires".* Editorial Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN). http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/Autonom%EDa%20municipal%20y%20participaci%F3n%20p%FAblica.PDF

Hernández, A. M. (2003). *Derecho Municipal.* Universidad Nacional Autónoma de México. http://biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/

mislibros/archivos/Derecho_Municipal_Parte_General_AMHernandez_UNAM_PDFpdf

Iturburu, M. (2000). *Municipios Argentinos: Potestades y restricciones constitucionales para un nuevo modelo de gestión local.* Instituto Nacional de la Administración Pública. http://biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/Iturburu%202001a.pdf

Quartucci, E., Settimi, S. y Audino, P. (2005). *Nuevas funciones y competencias del Estado Local.* Asociación de Docentes de Ciencias Sociales y Humanísticas para las Ciencias Económicas.

Losa, N. O. (Mayo de 2013). *Municipios modernos y necesidad de tripartición de funciones. Justicia local autónoma* [Ponencia]. Congreso de Derecho Municipal, México. http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/condermun_gdl/ponencias/NSTOROSVALDOLOSA-GA.pdf

Marchiaro, E. (2014). Los derechos humanos en los servicios públicos municipales. "Mayores exigencias locales sobre servicios públicos no municipales fundadas sobre el bloque de derechos humanos. El caso argentino. *AÍDA. Ópera prima de Derecho Administrativo,* (15), 91-112. http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/15/art/art4.pdf

Rossatti, H. (2006). *Tratado de Derecho Municipal.* Rubinzal- Culzoni.

Sabsay, D. (Dir.). (2000). *Autonomía municipal y participación pública: propuestas para la Provincia de Buenos Aires.* Fundación Ambiente y Recursos Naturales.

Sayagués Laso, E. (1953). *Tratado de derecho administrativo* (Vol. 1). Editorial Martín Bianchi Altuna.

Villar, A. (2007). *Políticas municipales para el desarrollo económico social. Revisando el desarrollo local.* Editorial Ciccus.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (20 de mayo de 2021). *Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.* Fallos: 344:1151.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2 de septiembre de 2021). *Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa.* Fallos: 344:2123.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (28 de mayo de 2002). *Municipalidad de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires.* Fallos: 325:1249.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (20 de mayo de 2021). *Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.* Fallos: 344:1151.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2 de septiembre de 2021). *Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa.* Fallos: 344:2123.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (28 de mayo de 2002). *Municipalidad de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires.* Fallos: 325:1249.

Legislación

Convención Nacional Constituyente de la República Argentina. (1994). *Constitución de la Nación Argentina*. Boletín Oficial de la República Argentina.

Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires. (1994). *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*. Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires.

Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires. (1958, 30 de abril). *Ley Orgánica de las Municipalidades. Decreto-Ley N.º 6769/58 y modificatorias*. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires.

Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (23 de diciembre de 1993). *Ley 11488. Declaración de necesidad de reforma parcial de la Constitución de la Provincia.* http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11488.html

Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (21 de diciembre de 1995). *Ley 11723. Ley de Protección, Conservación, Mejoramiento y Restauración de los Recursos Naturales y del Ambiente en General.* http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11723.html

Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (23 de julio de 1998). *Ley 12154. Ley de Seguridad Pública de la Provincia de Buenos Aires.* http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-12154.html

Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires. (30 de junio de 2014). *Decreto 373/14. Creación de la Superintendencia de Seguridad Local.* http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/14-373.html

Congreso de la Nación Argentina. (27 de diciembre de 2006). *Ley 26.206*

de Educación Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina. http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123542/norma.htm

Congreso de la Nación Argentina. (9 de enero de 2006). *Ley 26.075. Incremento de la inversión en educación, ciencia y tecnología*. Boletín Oficial de la República Argentina. http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/112976/norma.htm

Acompañar, formarse y gestionar desde el territorio: el trabajo de las Promotoras en Prevención de Violencia de Género de la CCC La Pampa

Mirian Martín Lorenzatti

Universidad Nacional de La Pampa

Resumen

En este trabajo analizamos el papel que desempeña una organización sociocomunitaria en el sinuoso camino que supone el acceso a la justicia para las mujeres pobres que sufren violencia por motivos de género. Para ello indagamos sobre el trabajo de las Promotoras en Prevención de Violencia de Género de la Corriente Clasista y Combativa La Pampa. Buscamos describir y analizar, por un lado, las acciones y formas de acompañamiento que llevan adelante las Promotoras. Y, por el otro, abordar las estrategias que despliegan con miras a producir transformaciones legislativas y en el sistema de administración de justicia. Adoptamos en la pesquisa un enfoque metodológico cualitativo que combinó la realización, entre los años 2021 y 2023, de entrevistas en profundidad, grupos focales con referentes de distintas organizaciones sociales del medio local y el registro de conversaciones grupales con las promotoras en su espacio de trabajo. Asimismo, la pesquisa se complementó con el relevamiento de notas periodísticas y de documentos publicados o inéditos, que dan cuenta de las propuestas e iniciativas que llevó a cabo la organización en materia legislativa y judicial.

En términos teóricos, asumimos como enfoque la sociología jurídica crítica y la perspectiva interseccional (Symington, 2004). Desde allí abordamos el tema del acceso a la justicia desde la visión de los grupos marginales y de sus luchas sociales. Desde ese encuadre, la cuestión excede a la cuestión técnica y procesal en la medida en que se busca dar cuenta de los obstáculos reales y concretos que las mujeres de las clases populares deben sortear para acceder a la justicia (Robles, 2011). Como hipótesis general sostenemos que lo distintivo del trabajo de las Promotoras se vincula con su anclaje en y su proyección desde el territorio, entendido como un espacio social y culturalmente producido que expresa relaciones de poder (Erreguerena, 2020). En esa dirección buscamos

analizar críticamente los alcances y limitaciones, pero también el potencial de la organización social para promover el acceso a la justicia.

1. ¿Por qué nos interesa indagar sobre las Promotoras Prevención de Violencia de Género de la CCC La Pampa?

Nuestro interés en el papel que desempeñan las organizaciones sociales en la búsqueda de justicia y reparación de los derechos de las mujeres que sufren o sufrieron violencia por motivos de género surge de los propios relatos y testimonios de esas mujeres. Fue en el contexto del proyecto "*Violencia por motivos de género y/u orientación sexual en la provincia de La Pampa. Obstáculos y condicionantes en el acceso a la justicia*" donde tuvimos oportunidad de entrevistar a quienes habían padecido las múltiples violencias machistas, hubieran o no denunciado a sus agresores, y a partir de allí conocer en profundidad cuáles eran sus expectativas y representaciones respecto a una diversidad de agentes y sujetos jurídicos. En términos descriptivos hallamos que, para buena parte de esas mujeres, especialmente para quienes provenían de los sectores populares, las organizaciones sociales habían tenido un lugar de destaque tanto en sus trayectorias vitales como en el sinuoso proceso de buscar justicia. En un sentido opuesto, también observamos entre quienes no habían contado con el acompañamiento de este particular sujeto jurídico que persistían con más fuerza las marcas de la violencia, la desconfianza sobre el sistema de administración de justicia y la incredulidad respecto a obtener justicia y reparación de los derechos vulnerados. Esos contrastes en los testimonios y la certeza de que las organizaciones, aun con sus contradicciones y limitaciones, pueden contribuir a transformar las historias de quienes sufren violencias nos motivaron a indagar con más detenimiento sobre ellas.

Paralelamente, el proyecto incluyó la mirada de referentes e integrantes de una diversidad de organizaciones, y procuró dar cuenta de sus estructuras organizativas, modalidades de trabajo y estrategias de acompañamiento. Un primer mapeo por las organizaciones del medio local reveló que existe gran diversidad entre ellas, fundamentalmente en lo que hace a su alcance, fortalezas y debilidades. En ese contexto, nos interesamos especialmente por las Promotoras en Prevención de Violencia de Género de la CCC (en adelante Promotoras). Algunas de las razones que justifican nuestro interés se vinculan con el hecho de que el trabajo de las Promotoras se inscribe en estructuras organizativas más amplias y de escala nacional, como son la Corriente Clasista y Combativa (CCC) y la Central de Trabajadores de la Argentina Autónoma Nacional (CTA Autónoma). De manera tal que, tanto

sus estrategias de acompañamiento, de formación y la búsqueda de incidir en el sistema de administración de justicia y en el ámbito legislativo operan desde mecanismos y dispositivos que articulan dimensiones locales, provinciales y nacionales. A su vez, la relevancia de las Promotoras quedó manifiesta a partir del acompañamiento que hicieron en algunos casos locales que identificamos como paradigmáticos. Es decir, casos que se destacan ya sea por la magnitud de la violencia sufrida por sus protagonistas, por la relevancia que cobraron en la escena pública y mediática como por los resultados obtenidos en la búsqueda de justicia y reparación de los derechos vulnerados.

1.1. Organización y consolidación de las Promotoras de la CCC en La Pampa

En el relato de las Promotoras se pueden identificar tres momentos claves en la organización y consolidación del grupo al interior de la CCC y como sujeto jurídico relevante en el ámbito local. A los fines de contextualizar, es preciso decir que la Corriente se constituyó en el año 1994 como una organización política diferenciada de una central sindical. Y que, si bien articula con organizaciones gremiales, convoca independientemente de ellas a los desocupados precarizados, jubilados y pensionados. En términos ideológicos la CCC declara que su política clasista y combativa se remonta a las agrupaciones que en la década de 1970 tuvieron participación en el movimiento obrero, llegando a dirigir con René Salamanca a la cabeza, el SMATA Córdoba. La organización a nivel nacional como local reivindica que la toma de decisiones se efectúa mediante una "democracia horizontal". Para tal fin se llevan a cabo asambleas en cada proyecto o unidad productiva, se cuenta con un cuerpo de delegados y se celebran asambleas generales y plenarios nacionales.

Para trazar el derrotero de la Corriente en la última década es preciso dar cuenta de su participación en la Unión de Trabajadores de la Economía Popular (UTEP). De acuerdo con Forni *et al* (2023) su objetivo era nuclear y representar a personas trabajadoras excluidas del mercado laboral y a sus organizaciones sindicales, más allá de las identificaciones partidarias. La UTEP surge a partir de la incorporación en el año 2019 de nuevos movimientos, entre ellos la CCC, al armado político-organizativo de la preexistente Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP). De acuerdo con lo que señalan estos autores, fue el agravamiento de las condiciones económicas durante el gobierno de la Alianza Cambiemos (2015-2019) lo que dio lugar a la unidad de las organizaciones populares. Es relevante considerar este hecho, porque en este contexto fue cuando se aprobó la Ley de Emergencia

Social en el año 2016, con la creación de un Consejo de la Economía Popular y del salario social complementario. Asimismo, durante ese período también se aprobaron la emergencia alimentaria y de vivienda y se llevaron a cabo las Marchas Federales de 2017 y de 2018. Al respecto, señalan los autores que un dato significativo durante estos años fue la consolidación de lo que se conoce como "triunvirato piquetero", también popularizado bajo el nombre de "los cayetanos" debido a marchar multitudinariamente cada 7 de agosto, bajo el lema "Tierra, techo y trabajo". En el 2019, con el arribo al gobierno nacional de una coalición el peronismo se abrió una nueva etapa para las organizaciones populares y lo distintivo de este nuevo período fue que las organizaciones dentro de la UTEP comenzaron a tener injerencia en el gobierno, tanto en el poder ejecutivo como en el legislativo.

Ese breve recorrido permite contextualizar el surgimiento y la organización de las Promotoras en el ámbito local, así como también dimensionar la articulación y circulación de ideas, prácticas y estrategias de acompañamiento, de injerencia política y de gestión en distintos niveles de decisión y escalas de análisis. Un primer antecedente de lo que serían las Promotoras pampeanas se remonta a los años 2016 y 2017, cuando algunas mujeres que participaban de la CCC empezaron a involucrarse y a hacer acompañamientos de otras mujeres, muchas de ellas compañeras de la propia Corriente, en sus intentos y estrategias personales y judiciales para superar las violencias machistas. En este momento inicial, el grupo todavía se organizaba en torno a las inquietudes, acciones y articulaciones que iban generando algunas personas individualmente, lo que más tarde daría lugar a que se posicionen como referentes del espacio.

En ese tiempo, dos hechos o situaciones se presentan como fundantes en la memoria de este grupo. En primer lugar, una de las Promotoras que participó de esa etapa preliminar recuerda que cuando comenzaron con los acompañamientos tomaron conocimiento, por medio de un panfleto, de las iniciativas que estaban llevando a cabo en Buenos Aires un grupo de mujeres que participaba de "Los Cayetanos" respecto a la conformación de un cuerpo de promotoras territoriales contra la violencia de género y prevención en salud. La idea de replicar localmente esta iniciativa encontró asidero en lo que se identifica como el otro hecho clave de esta primera etapa fundacional. Nos referimos a la participación que hiciera este grupo de mujeres de la CCC durante el año 2017 de una propuesta académica que ofrecía la Asociación Pampeana de Medicina General, Familiar y Equipo de Salud (APaMGFES) con el apoyo de la Facultad de Ciencias Humanas de UNLPam. Este trayecto formativo, que contó con la participación de otros actores de relevancia del ámbito académico y judicial local, es recordado como significativo por

varias razones. En principio porque inauguró un recorrido de formación que constituye un aspecto central en el trabajo e identidad de este grupo. En segundo lugar, porque les permitiría dar a conocer su trabajo, inquietudes y canalizar algunas de sus reivindicaciones y demandas. Por último, porque allí coincidirían con una abogada y Defensora Civil, referente en la provincia de La Pampa, a quien las Promotoras señalan como persona clave tanto en su constitución como grupo como en la consolidación del grupo a nivel local. En aquel momento, según recuerdan, comprometieron personalmente a esa Defensora para que las asesorara y asistiera tanto en su conformación como como en los acompañamientos que harían en adelante. A partir de entonces, relatan, *se abrió la cancha* para ellas.

El segundo momento que identifican en el recorrido que hiciera este grupo tanto en su organización como consolidación se ubica en el año 2019. Más precisamente, en febrero de ese año cuando La Pampa ofició como sede del plenario de la CCC, que contó con la participación de 2500 delegados representantes de todo el país. Durante tres días se desarrollaron talleres organizados en torno a diversos temas como política, mujeres, pueblos originarios, prensa y propaganda, economía y finanzas. Fue en el taller de mujeres desarrollado en el marco del plenario donde surgió la propuesta pampeana de crear un cuerpo de promotoras al interior de la Corriente, que operara al igual que cualquier otra unidad productiva y cuya existencia fuera garantizada en cada lugar donde la organización tuviera presencia. Esa moción, que finalmente sería aprobada en la jornada final del plenario, dio lugar a la creación formal de las Promotoras en Prevención de Violencia de Género de la CCC. A partir de allí las tareas que realizaban fueron reconocidas como trabajo socio-productivo en un plenario nacional de la CCC, razón por la cual empezaron a percibir el Salario Social Complementario que era equivalente al 50% de un Salario Mínimo Vital y Móvil.

El tercer y último momento que destacan se relaciona con la aprobación en el año 2020 de un proyecto en la Cámara de Diputados de la Nación, referido al Reconocimiento al Trabajo del Conjunto de Promotoras y Promotores Territoriales de la Argentina que luchan contra las violencias por motivos de Género en el contexto de pandemia. A este reconocimiento se sumaría la creación de un Registro Nacional de Promotoras y Promotores Territoriales de Género y Diversidad, del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, que a hacia octubre del 2020 ya contaba con más de 25 mil personas inscritas de las 23 provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La relevancia de este hecho se relaciona con el estatus que adquiriría el trabajo de las promotoras como unidad sociocomunitaria al interior de la organización y fundamentalmente en su articulación con el

programa Potenciar Trabajo[16]. En función de ello, serían titulares del Programa y los acompañamientos, así como las tareas de formación vinculadas a la prevención y erradicación de la violencia por motivo de género, constituirían la contraprestación que realizaban.

Las Promotoras en el territorio ofrecen a las mujeres que sufren violencia por motivos de género, en las ciudades de Santa Rosa y General Pico, servicios como provisión de información sobre acceso a servicios sociales; contención ante situaciones de violencia y/o discriminación; acompañamiento en el proceso legal; asesoría legal; provisión de alimentos y recursos básicos; ayuda escolar; capacitación laboral y capacitación en problemáticas asociadas al acceso a la justicia. En esta misma línea, las Promotoras han trabajado en articulación con autoridades municipales y provinciales con incumbencia en la resolución de las problemáticas de las víctimas. Así es como participaron en la Mesa de Emergencia en Políticas de Género de La Pampa (2020-2021) y en la Mesa de Trabajo Guía para el Abordaje de la Violencia de Género para el ámbito de Salud (2018). A nivel nacional participaron de la Red "Tejiendo Matria" y en la instancia consultiva de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley de Cuidados Igualitarios. A nivel internacional, como integrantes de la Central de Trabajadores de la Argentina- Autónoma CTA-A (de la que forman parte como CCC) participaron en mesas de trabajo con la OIT, en temas como cuidados, división sexual del trabajo, entre otros.

Una muestra de la tarea conjunta de las Promotoras de la CCC, la Secretaría de Género de la CTA-A La Pampa y el departamento de género de ATE, La Pampa, fue la resolución del caso de una mujer que, tras sufrir violencia por parte de su expareja, fue resarcida con una acción de reparación inédita: su vinculación como trabajadora al Municipio de Santa Rosa ocupando el cargo de su agresor, quien fue eximido por los actos de violencia cometidos. Las Promotoras acompañaron a cerca de 200 mujeres en situación de violencia de género entre 2017 y 2021. La mayor parte de los casos involucraba como agente activo a la pareja o expareja de las víctimas, quien solía ser el progenitor de algunas o algunos de sus hijas e hijos.

[16] Se trata del Programa Nacional de Inclusión Socioproductiva y Desarrollo Local "Potenciar Trabajo", que unifica a los programas Hacemos Futuro y Salario Social Complementario en una única iniciativa. El programa tiene como objetivo contribuir a mejorar el empleo y generar nuevas propuestas productivas a través del desarrollo de proyectos socio-productivos, socio-comunitarios, sociolaborales y la terminalidad educativa, con el fin de promover la inclusión social plena para personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad social y económica. https://www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/potenciartrabajo

1.2. Acerca de las estrategias de acompañamiento

El trabajo de Promotora constituye al interior de la Corriente una unidad productiva sociocomunitaria, razón por la cual las mujeres que desempeñan ese rol perciben como contraprestación un salario. Entre las obligaciones que tienen las promotoras se encuentra la asistencia al lugar de trabajo, establecido la biblioteca de la CTA Autónoma y el cumplimiento de una jornada diaria de 4 horas. Las rutinas del equipo varían en función de las demandas y emergentes diarios y semanales. Sin embargo, podríamos identificar entre las principales actividades el acompañamiento a las mujeres que así lo solicitan, la participación en instancias de capacitación y las acciones sociocomunitarias y organizativas que define la Corriente.

Las tareas de acompañamiento remiten a la asistencia y seguimiento que hacen las Promotoras durante lo que se conoce como la "ruta crítica". Se trata del proceso que inician las mujeres para salir de su situación de violencia y se construye a partir de la secuencia de decisiones tomadas y acciones ejecutadas por ellas y por las respuestas obtenidas en su búsqueda de soluciones (Cinto *et al*, 2023). Con este concepto se asume que existen una serie de factores que impulsan o inhiben a las mujeres en su búsqueda de ayuda, como pueden ser la información, el conocimiento, sus percepciones y actitudes, los recursos disponibles, la experiencia previa, la valoración sobre la situación y los apoyos u obstáculos encontrados. Dado su carácter individual, social e institucional, habrá tantas rutas críticas posibles como mujeres buscando salir de las situaciones de violencia que sufren.

Las Promotoras afirman que ellas deben acompañar a las mujeres en ese recorrido que supone la ruta crítica y que su trabajo concluye recién cuando estas han superado la situación de violencia, encontrado justicia o algún tipo de reparación. Por lo complejo de la ruta crítica y por los vaivenes que supone superar situaciones de violencia, el trabajo de las Promotoras se extiende en el tiempo y tiene momentos de mayor intensidad y otros de latencia.

Puede decirse que el proceso más complejo, extendido en el tiempo y que ciertamente redundará en la eficacia del acompañamiento de las Promotoras, remite casi a una transformación de su propio *habitus* de clase (Gutierrez, 2005). Con ello referimos por un lado a la profesionalización que supone recorrer con *expertise* la ruta crítica, que conlleva entre otras cosas un proceso de alfabetización jurídica para transitar con eficacia las distintas instancias estatales y judiciales que presuponen los acompañamientos. Y, por el otro, a la actitud personal que deben adoptar frente a cada intervención, donde se destaca su seguimiento hasta el final, actuar con discreción, no

juzgar a las mujeres acompañadas, mostrarse predispuestas para asistir cada vez que son requeridas.

Como correlato de esto, aun cuando se propone un trabajo horizontal y equitativo, el equipo no escapa por su propia lógica de funcionamiento a una distribución jerarquizada de tareas entre: 1) quienes llevan roles de dirección, 2) quienes van consolidando su participación y adquiriendo mayor experiencia y 3) las integrantes nóveles, últimas en sumarse, que deben ser socializadas y formadas en el trabajo grupal. Esta división de roles y de tareas nos lleva a distinguir tres niveles de desempeño, o incluso de responsabilidades. En relación con el cumplimiento de la jornada de trabajo y con las instancias de formación no existen mayores distinciones, dado que todas cumplen con esas obligaciones de manera equitativa. Las diferencias radican en las instancias de intervención y de acompañamiento principalmente.

Mientras las integrantes con mayor trayectoria en el grupo son las que dirigen las acciones de acompañamiento y se responsabilizan por ellas, las últimas en sumarse participan con la intención de ayudar y de formarse. En tal sentido, que una promotora comience a ocuparse con relativa autonomía de un acompañamiento constituye un hecho que conlleva mucho tiempo, preparación y que, como tal, es significado como una conquista individual pero también colectiva. La contracara de esa creciente autonomía y responsabilidad es una mayor demanda de tiempo, de formación académica y teórica y fundamentalmente de aprendizaje en y desde el territorio.

2. El carácter propositivo de las Promotoras y la búsqueda de incidir en la gestión estatal y legislativamente

Desde que comienzan a conformarse como grupo hasta el presente, las Promotoras y su trabajo fue ganando visibilidad y reconocimiento en el ámbito local y especialmente en el ámbito judicial, político y en los medios de comunicación. Evidencia de ello es el cuantioso número de acompañamientos que han realizado y la dinámica que adquirió la relación del grupo con diversos actores y agencias del ámbito judicial local. Con esto último nos referimos por ejemplo al hecho de que ahora son las propias personas funcionarias quienes llaman y acuden a las Promotoras para solicitarles asistencia y derivarles mujeres denunciantes para que las acompañen. Paralelamente, empezaron a ser convocadas por una diversidad de personas en instancias de intercambio académico y en el marco de la gestión estatal. También la relevancia que cobró el grupo se relaciona con las iniciativas legislativas que

impulsaron, enmarcadas en la Corriente y en articulación con otros sindicatos y actores también nucleados en la CTA Autónoma.

Cuando las Promotoras hacen un balance de su trabajo a lo largo de estos años, consideran que la legitimidad y reconocimiento se fue construyendo, por un lado, gracias a la permanente formación que transita el grupo, así como a su participación en distintas redes académicas y estatales. Por otro lado, esa legitimidad obedece también a la *expertise* con la que efectúan los acompañamientos y a los efectos que tienen sus intervenciones en la ruta crítica de las mujeres que sufren violencia, especialmente al momento de obtener justicia. Como se observa, lo que señalamos sobre transitar por una diversidad de espacios de formación supone para las promotoras no solamente la adquisición de conocimiento especializado sino también la posibilidad de interactuar, articular y construir redes con una diversidad de actores. La formación y los vínculos con personas referentes del ámbito local les ha valido, según explican, la posibilidad de hablar de igual a igual con personas funcionarias y agentes del sistema de administración de justicia y ser certeras en sus demandas y asesorías. Así como también les permitió ser reconocidas por quienes inicialmente se mostraban renuentes a hacerlo, tales como jueces, fiscales, defensores, entre otras personas. En este punto no se debe soslayar la capacidad de movilización que ha mostrado la organización social en la cual se inscribe este grupo ni las alianzas y articulaciones político-sindicales que se desarrollan en y con la Central de Trabajadores.

A los fines de mostrar el carácter propositivo de este grupo y la relevancia que fue ganando en el ámbito local recuperamos algunas experiencias e iniciativas relevantes en materia de gestión y de incidencia legislativa nacional, provincial y municipal.

En el 2018 las Promotoras participaron de la discusión para implementación del protocolo de abordaje de caso de violencia de género para salud en La Pampa. En esa oportunidad asistieron autoridades y referentes de la Unidad Funcional de Género, de la Subsecretaría de Niñez y Adolescencia, del Ministerio de Salud, de la Oficina de Violencia Doméstica, de la Dirección Política de Género y el grupo de Promotoras fue la única organización social que participó, invitada por una referente local en salud y género.

Insistieron con la necesidad de presentar un proyecto para la creación de un multifuero que atienda las causas de violencia por motivos de género. Una de las Promotoras impulsó esa idea porque conoció sobre esa experiencia en otras provincias en el contexto de la CTA A, así como antes había sabido de las promotoras por el panfleto de las cayetanas en encuentros de la CCC. Si bien este proyecto no prosperó, un Juez les propuso revisar el pro-

yecto y reformularlo en un sentido que fuera más factible. En esa dirección, el Juez se acercó en tres oportunidades a la sede de la CTA para proponerles que elaboren un proyecto para que las Promotoras operaran desde la ciudad judicial, motivado por la notable diferencia que encontraba entre las mujeres que contaban con su acompañamiento respecto de aquellas que no lo tenían. Se trataba del mismo Juez que estuvo a punto de liberar al agresor de una mujer que acompañaban las Promotoras y que, a causa de las intervenciones del grupo, se pudo evitar. Este episodio es particularmente interesante porque muestra cómo se revirtió con el tiempo un vínculo hostil con esa autoridad y de descrédito mutuo, que terminó por reconocer y convalidar el trabajo de las Promotoras.

Elaboraron un proyecto de ley que busca subsanar algunos de los problemas de distribución del régimen de asignaciones familiares ligados al género. Fue redactado por una de las Promotoras y elevado al Poder legislativo nacional en el año 2021. Titulado "Percepción directa de asignaciones familiares por mujeres al cuidado de niños, niñas y adolescentes" (expte. 4024-d-2021) fue elevado por un Diputado Nacional por la provincia de La Pampa del Partido Justicialista. Esta propuesta, surgida del trabajo territorial de las Promotoras buscó reparar lo que históricamente viene sucediendo en la vida social-productiva de las mujeres e intenta garantizar los medios necesarios para que pueda afrontar los gastos de esos cuidados parentales que siempre desarrollaron sin contraprestación alguna. En términos de las promotoras, la percepción de manera directa de estas asignaciones por parte de las mujeres significa un reconocimiento del valor de los trabajos que suceden dentro del hogar y garantiza que las sumas percibidas se empleen efectivamente para asistir en las necesidades básicas de los niños, niñas y adolescentes.

El 3 de junio de 2022 solicitaron la declaración provincial de la Emergencia en Violencia Contra las Mujeres en la Cámara de Diputados y la declaración a nivel municipal en el consejo deliberante de la ciudad de Santa Rosa. El proyecto fue armado conjuntamente por las Promotoras y la Asociación de Trabajadores Estatales (ATE) de La Pampa, junto a la defensora que referimos antes que las ayudó a adaptar la Ley Nacional a los requerimientos provinciales y una concejala radical que ayudó con la ordenanza para el municipio de Santa Rosa. La presentación además fue acompañada por la Mesa de Emergencia en Violencia de Género y la Multisectorial de Mujeres Sindicalistas, integrada por distintas organizaciones sociales, agrupaciones de mujeres y sindicatos. Este proyecto preveía fundamentalmente presupuesto a nivel provincial y municipal para crear centros de día y refugios, para la asistencia y alojamiento de mujeres en situación de violencia cuando la permanencia en el domicilio implicara una amenaza para su integridad o la de sus hijas e hijos.

Incluso preveía implementar en los planes de vivienda y sociales un cupo que atienda la problemática de estas mujeres.

Estas iniciativas dejan entrever dos cuestiones, por un lado, que el trabajo de las Promotoras se extiende mucho más allá del acompañamiento de mujeres pobres durante su tránsito por la ruta crítica. Y, por el otro, que son los saberes y experiencias adquiridos justamente en esos acompañamientos, en combinación con la permanente formación técnica y teórica, las que les permiten tener este carácter propositivo en materia de gestión estatal y legislativa. En tal sentido, los saberes y prácticas acumulados en el territorio, así como la circulación de ideas y actores en el marco de la Corriente y de la Central de Trabajadores potencian ese carácter propositivo. Son esas articulaciones político- sindicales, junto con el trabajo territorial, las que incrementan la eficacia de los acompañamientos y en ciertas ocasiones posibilitan el acceso a la justicia y la obtención de medidas de reparación.

En sintonía con lo que plantean Soto Pimentel y Gradin (2023) para la CTEP-UTEP, podemos referir al grupo de Promotoras como un particular sujeto jurídico constructor de conocimientos situados, que se vinculan con la propia experiencia de vida y con las estrategias de supervivencia que desarrollan los sectores populares. La proposición en materia de gestión estatal y parlamentaria permite reconocer los saberes que producen, así como los espacios de poder y toma de decisión que disputan estas organizaciones y movimientos sociales. Asimismo, esos saberes y prácticas se construyen desde la subalternidad, a partir de recuperar las experiencias acumuladas en la resolución de sus propias demandas organizativas. Como señalan Rodríguez y Borgstrand (2023), la experiencia de las Promotoras constituye un aporte para el conocimiento de las realidades concretas de las mujeres y de las infancias más allá de lo formalizado en las normas jurídicas y es muestra de la contribución que hacen las organizaciones de cuidado comunitario al sostenimiento de la vida social productiva y reproductiva.

3. Primeras notas para el análisis

En términos teóricos, asumimos como enfoque la sociología jurídica crítica y la perspectiva interseccional (Symington, 2004). Desde allí abordamos el tema del acceso a la justicia desde la visión de los grupos marginales y de sus luchas sociales. Desde ese encuadre, la cuestión excede a la cuestión técnica y procesal en la medida en que se busca dar cuenta de los obstáculos reales y concretos que las mujeres de las clases populares deben sortear para

acceder a la justicia (Robles, 2011). Sostenemos que lo distintivo del trabajo de las Promotoras se vincula con su anclaje en y su proyección desde el territorio, entendido como un espacio social y culturalmente producido que expresa relaciones de poder (Erreguerena, 2020). En esa dirección buscamos analizar críticamente los alcances y limitaciones, pero también el potencial de la organización social para promover el acceso a la justicia.

Cuando aquí destacamos la dimensión territorial de la organización y de los saberes y prácticas que producen, no buscamos referirnos a ella y a sus actores como otro no universitario o académico (Erreguerena, 2020). Por el contrario, queremos reivindicar al territorio como un espacio de resistencia y lugar de resignificación y creación de nuevas relaciones sociales. Desde la perspectiva territorial es posible recuperar y poner en valor los saberes y prácticas subalternas que producen las organizaciones sociales y, como correlato, dimensionar mejor la contribución que pueden hacer a promover y mejorar el acceso a la justicia.

El territorio es aquí entendido como el espacio apropiado por una determinada relación social que lo produce y lo mantiene a partir de una forma de poder. Constituye, al mismo tiempo, una convención y una confrontación, porque posee límites y fronteras que no son solo materiales ni se reflejan exclusivamente en cartografías (Arancibia *et al*, 2019). Por el contrario, sus límites son difusos, contradictorios y se redefinen según las estrategias de poder desplegadas por los actores, reflejados en sus estructuras simbólicas. Las personas que habitan un territorio están atravesadas por los mismos problemas y conflictos, siendo la vivencia y discurso sobre esos conflictos lo que las identifica. Sin embargo, la territorialidad va más allá de su localización geográfica, como podría ser en este caso en los barrios periféricos o populares de la ciudad. Refiere más bien a su carácter de subalternidad y es por esto por lo que el territorio señala además del plano material de la experiencia social, el plano político, simbólico y la construcción de las subjetividades. Esto nos permite comprender las estrategias que despliega el grupo de Promotoras para acceder, intervenir o disputar transformaciones en una diversidad de espacios y ámbitos que incluyen además del mundo del trabajo, al sistema de administración de justicia, las agencias estatales que gestionan y administran políticas sociales, el ámbito académico y universitario, los medios de comunicación, el ámbito legislativo, entre otros.

Lo expuesto hasta aquí nos permite trazar algunas primeras hipótesis para analizar el trabajo que llevan adelante las Promotoras de la CCC y su particular configuración como sujeto jurídico en el marco de este movimiento social. La cuestión central radica en el anclaje territorial de las Promotoras y

en su vinculación estrecha con la situación y demanda de los sectores populares, a partir de integrar una Corriente que organiza y moviliza a las trabajadoras desocupadas y trabajadores desocupados y de la economía popular. Como consecuencia de esto, el trabajo de las Promotoras conlleva: 1) una mirada interseccional no solo de la violencia sino de las limitaciones que supone el acceso a la justicia, fundamentalmente para las mujeres que provienen de los sectores populares. 2) Relacionado con lo anterior, la producción de saberes y de prácticas desde el territorio, que interpelan y demandan transformaciones concretas al sistema de administración de justicia, principalmente desde una perspectiva clasista y 3) las condiciones de posibilidad, no sólo en términos de saberes sino también de injerencia política, que ofrece la pertenencia a un movimiento social y organización sindical de alcance nacional.

Referencias bibliográficas

Arancibia, I., Orquera, R., & Virasoro, S. (2019). ¿Territorio o comunidad?. *Ts. Territorios-Revista de trabajo social*, (3), 11-33. https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/ts/article/view/578

Erreguerena, F. (2020). Repolitizar los territorios. Reflexiones sobre los conceptos de territorio y poder en la extensión universitaria. *Revista de Extensión Universitaria +E,* (13),1-13. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=564172818003

Cinto, M. F., Fontdevila, E., Sanna, F. y & Lo Sardo, A. (2023). *Ruta crítica en la salida de la violencia por razones de género: experiencias de mujeres tucumanas.* Universidad Nacional de Tucumán.

Forni, P., Nougués, T., Zapico, M., Scavuzzo, J., & Llapur, L. (2023). Organizaciones y movimientos sociales en Argentina (2011-2019). De la CTEP a la UTEP. *Miríada: Investigación en Ciencias Sociales, 15*(19), 9–34. https://p3.usal.edu.ar/index.php/miriada/article/view/6834

Gutiérrez, A. (2005*). Las prácticas sociales: una introducción a Pierre Bourdieu.* Ferreyra Editor.

Symington, A. (2004). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de las mujeres y cambio económico, 9*(8), 1-8. https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad - una herramienta para la justicia de genero y la justicia economica.pdf

Pimentel, V. S., y Gradin, A. (2023). Protestas, gestión y legislación. Una mirada sobre el carácter propositivo de la CTEP-UTEP en Argentina en el período 2020-2021. Miríada: Investigación en Ciencias Sociales, 15(19), 65-94.

Robles, D (2011) El acceso a la justicia: aspectos teóricos, implicancias prácticas. En Salanueva, O y González, M (Comps) *Los pobres y el acceso a la justicia*. Universidad Nacional de La Plata.

Rodríguez, P G y Borgstrand, M V (2023) Transferencias monetarias a las infancias en La Pampa. Urgencias legislativas de cara a un sistema de cuidados integral, igualitario y solidario. Ponencia presentada en las XV Jornadas de Sociología UBA.

Breves comentarios a partir del proyecto de investigación "La transversalidad del género en la enseñanza del derecho: situación actual, avances y obstáculos en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Unicen"

Camila Ormar
UNICEN

Resumen

La transversalidad de la perspectiva de género en las carreras con impacto social resulta fundamental. En particular, en las carreras de abogacía, la incorporación transversal de la perspectiva de género en todas las asignaturas de la carrera y no únicamente en una única materia, contribuye a formar personas operadoras jurídicas conscientes de las consecuencias que generan sus acciones y capaces de tomar decisiones que consideren los impactos diferenciados en razón del género.

En este contexto, el proyecto de investigación "La transversalidad del género en la enseñanza del derecho: situación actual, avances y obstáculos en la carrera de Abogacía" planteó como objetivo analizar la incorporación de la perspectiva de género en la enseñanza del derecho en la Facultad de Derechos de la UNICEN. La hipótesis planteada fue la siguiente: a pesar de la incorporación de materias específicas que abordan la cuestión de género dentro de su currícula y de ciertas asignaturas que han adaptado sus programas, materiales y dictado de clase al enfoque de género, aún existen obstáculos que impiden una transversalidad de género plena en la carrera de Abogacía. La metodología utilizada consistió en examinar los programas de las asignaturas de la carrera, el plan de estudios y diversas normas vinculadas con la incorporación de dicha perspectiva. Asimismo, se realizaron entrevistas a docentes y estudiantes. Lo anterior para identificar los obstáculos y desafíos pendientes para alcanzar una transversalidad de género en la currícula de la carrera. Para esta oportunidad, se presentarán algunas de las conclusiones alcanzadas y, a partir de allí, se plantean nuevas rutas de trabajo para continuar profundizando en las temáticas abordadas en el proyecto de investigación en cuestión.

1. Introducción

El acceso a la educación no solo es un derecho humano, sino también un motor de cambio social. En efecto, es posible encontrar algunas referencias en los tratados de derechos humanos que dan cuenta de la importancia que tiene la educación para contribuir a generar igualdad de oportunidades entre varones y mujeres y a eliminar el uso de estereotipos de género no solo en el ámbito exclusivamente educativo, sino también por fuera del mismo.

Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (en adelante, "CEDAW") consagra el derecho a la educación en su artículo 10 que establece, entre otras cuestiones, que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas a su alcance para asegurar

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza (CEDAW, 1979, art. 10).

Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, "Comité CEDAW") en su Recomendación General No. 36 sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación, indicó que la educación "cumple una función esencial, transformadora y de empoderamiento en la promoción de los valores de los derechos humanos y se considera la vía para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres" (CEDAW, 2017).

En este sentido, para el Comité CEDAW la educación abarca tres dimensiones, a saber "la primera se refiere al derecho de acceso a la educación; la segunda, a los derechos en la educación; y la tercera, a la instrumentalización de la educación para el disfrute de todos los derechos humanos mediante la educación" (CEDAW, 2017). Así, la educación es un medio para promover la igualdad de género y mejorar la situación de las mujeres en la sociedad puesto que "tiene el efecto multiplicador de preparar a las mujeres para reclamar sus derechos en todas las esferas, no sólo en la educativa" (CEDAW, 2017).

A su vez, en el ámbito regional, el artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, "Convención Belem do Pará", 1994) obliga a los Estados Parte a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y

mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimaban o exacerban la violencia contra la mujer.

El valor de la educación como instrumento para la transformación social y garantizar la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres también ha sido reconocido por diversos instrumentos de *soft law*. Estos instrumentos muestran el consenso internacional para articular "género y educación en torno a las agendas de desarrollo, educativa y de género" (UNESCO, s.f.). En particular, se destaca la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible que relaciona a la educación, prevista en el Objetivo No. 4 y la igualdad de género prevista en el objetivo No. 5 como aspectos fundamentales para lograr el desarrollo. Sumado a ello, en la declaración de Incheon para la Educación 2030, los Estados reconocieron "la importancia de la igualdad de género para lograr el derecho a la educación para todos" y, en consecuencia, se comprometieron a apoyar políticas, planes y contextos de aprendizaje en que se tengan en cuenta las cuestiones de género, así como a incorporar estas cuestiones en la formación de docentes, los planes y programas de estudios, y a eliminar la discriminación y la violencia por motivos de género en las escuelas. (UNESCO, UNICEF, Banco Mundial, UNFPA, PNUD, ONU Mujeres y ACNUR, 2016).

Para la presente ponencia, interesa resaltar el vínculo entre educación como un medio para alcanzar la igualdad entre los géneros en la educación universitaria y, en particular en las carreras con impacto social. En particular, en las carreras de abogacía, la incorporación transversal de la perspectiva de género de manera transversal en todas las asignaturas de la carrera contribuye a formar personas operadoras jurídicas conscientes de las consecuencias que generan sus acciones y capaces de tomar decisiones que consideren los impactos diferenciados en razón del género.

En este contexto, el proyecto de investigación "La transversalidad del género en la enseñanza del derecho: situación actual, avances y obstáculos en la carrera de Abogacía"[17] planteó como objetivo analizar la incorporación de la perspectiva de género en la enseñanza del derecho en la Facultad de Derechos de la UNICEN. La hipótesis planteada fue la siguiente: a pesar de la incorporación de materias específicas que abordan la cuestión de género dentro de su currícula y de ciertas asignaturas que han adaptado sus programas,

[17] Los detalles del proyecto se encuentran disponibles en: https://www.der.unicen.edu.ar/investigacion/finalizados/

materiales y dictado de clase al enfoque de género, aún existen obstáculos que impiden una transversalidad de género plena en la carrera de Abogacía.

En atención a ello, en esta ponencia se expondrá la metodología utilizada en el proyecto, se presentarán los principales hallazgos, se comentarán los principales desafíos que tuvo la investigación y a partir de allí se plantean nuevas rutas de trabajo para profundizar en las temáticas abordadas en el proyecto de investigación en cuestión. Por último, se presentarán las conclusiones alcanzadas.

2. Metodología y muestra utilizada para el proyecto[18]

Para alcanzar los objetivos propuestos en el proyecto de investigación, el equipo[19] trabajó, por un lado, con los programas correspondientes al Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía con vigencia a partir del año académico 2019, aprobado mediante RESOLUCION C. A. No 148/2018 del 8 de agosto de 2018 y, por otro lado, con entrevistas estructuradas dirigidas a docentes y estudiantes. Sobre este punto es importante considerar que la investigación se desarrolló en el año 2021.

La recopilación, sistematización y análisis de los programas se llevaron a cabo a partir de las siguientes categorías

- Tipo de asignatura: obligatorias, optativas, seminarios y talleres;
- Departamento: derecho privado, derecho público, filosofía, gestión pública y administración, derecho procesal, práctica profesional, enseñanza de derecho y pedagogía;
- Programa con perspectiva de género: con opciones "si" o "no" y fundamentación de la respuesta;
- Doctrina con perspectiva de género: con opciones "si" o "no" y fundamentación de la respuesta;
- Jurisprudencia con perspectiva de género: con opciones "si" o "no" y fundamentación de la respuesta;

[18] Para la elaboración de este apartado se tomó como base el desarrollo realizado en el informe final del proyecto "La transversalidad del género en la enseñanza del derecho: situación actual, avances y obstáculos en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Unicen".

[19] Compuesto por Laura M. Giosa (directora), Mariana Brocca (integrante y directora de becaria), Camila A. Ormar (integrante), C. Francesca I. Ciuffardi (becaria de investigación), Camila Calandra (integrante) y Belén Fernández (integrante).

- Normativa con perspectiva de género: con opciones "si" o "no" y fundamentación de la respuesta;
- Doctrina por mujeres: con opciones "si" o "no" y fundamentación de la respuesta;
- Doctrina por disidencias: con opciones "si" o "no" y fundamentación de la respuesta.

En las entrevistas a docentes, ayudantes y estudiantes de cada asignatura se indagó en la forma en la que se incluye la perspectiva de género en los programas de estudios, así como en los obstáculos y/o desafíos pendientes para alcanzar una transversalidad de género en las currículas. Estas entrevistas se realizaron mediante formularios de Google y se compartieron por correo electrónico a cada una de las personas estudiantes y docentes.

Para ello, se contactó al personal docente de la Facultad de Derecho de la Unicen a través de los correos electrónicos indicados en la página web de la institución[20]. En cuanto a las personas estudiantes, se recortó el estudio a quienes hayan cursado y regularizado o promocionado las asignaturas correspondientes a la Carrera de Abogacía durante el segundo cuatrimestre del 2020 y primer cuatrimestre de 2021, momento en el que se realizó la investigación. Para identificar y contactar a las personas estudiantes, se solicitó un listado la Secretaría Académica de la Facultad de Derecho de la Unicen con los nombres de aquellas personas que se encontraran en el mencionado recorte y sus correos electrónicos. En cuanto a las personas que cursaron durante el segundo cuatrimestre de 2020 solo fue posible obtener un listado de estudiantes sin especificar la asignatura cursada. Respecto de quienes cursaron durante el primer semestre del año 2021 fue posible obtener la información dividida por asignaturas. De este listado se seleccionaron de manera azarosa 10 personas de cada asignatura para ser entrevistadas; mientras que, respecto de quienes cursaron en el segundo cuatrimestre de 2020 se construyó un formulario genérico que se envió a todas las personas incluidas en dicho listado y se optó por incluir un primer apartado en donde la persona seleccionaba la asignatura cursada.

En total se enviaron se enviaron 1030 entrevistas de las cuales 161 corresponden a personal docente y 869 a estudiantes de la Facultad de Derecho de la Unicen (243 estudiantes que cursaron alguna asignatura durante el

[20] El listado de docentes se encuentra disponible en: https://www.der.unicen.edu.ar/academica/departamentos-y-docentes/docentes/ Se incluyó a Jefes/as de Cátedra, Docentes Adjuntos/as, Jefes/as de Trabajos Prácticos, ayudantes alumnos/as y graduados/as. El listado de ayudantes alumnos se encuentra disponible en: https://www.der.unicen.edu.ar/academica/ayudantes-alumnos/

primer semestre 2021 y 626 personas que se inscribieron a alguna asignatura de la carrera durante el segundo semestre de 2020). De la totalidad de las entrevistas enviadas fueron respondidas 35, de las cuales 25 corresponden a docentes y 10 a estudiantes.

3. Principales hallazgos

3.1. Respecto de los programas de asignaturas de la Carrera de Abogacía[21]

Tras la revisión, sistematización y análisis de los programas de las asignaturas de la carrera de abogacía de la Unicen, se encontraron principalmente los hallazgos que se describen a continuación.

De acuerdo con el relevamiento de datos realizado, solo una asignatura de primer año incluye temas relacionados con el género y solo otra incluye en su bibliografía temas vinculados a derechos de las mujeres a lo largo del tiempo. Por otra parte, ninguno de los programas analizados incorpora jurisprudencia con perspectiva de género y sólo una incluye normativa con perspectiva de género. En cuanto a la inclusión de bibliografía escrita por mujeres, dos de las asignaturas no cuentan con bibliografía escrita por mujeres dentro del material obligatorio. De las cuatro restantes, sólo el 10% en promedio de la bibliografía obligatoria fue escrita por mujeres. Finalmente, los programas de las asignaturas de primer año de abogacía no incluyen doctrina escrita por disidencias, ni jurisprudencia relativa a identidades de género diversas.

En el segundo año de la carrera, solo 2 programas de las asignaturas incluyen temas relacionados con género. Asimismo, ambas materias son las únicas correspondientes a segundo año que incluyen doctrina con perspectiva de género; aunque solo una incluye jurisprudencia y normativa con perspectiva de género en donde se abordan como temática principal la discriminación y violencia basada en el género. Sobre el análisis bibliográfico, dos de las asignaturas no cuentan con bibliografía obligatoria escrita por mujeres, mientras que, de las 5 restantes sólo el 25% de la bibliografía en promedio fue escrita por mujeres. Finalmente, ninguno de los programas de las asignaturas de segundo año de abogacía incluye doctrina escrita por disidencias, ni jurisprudencia relativa a identidades de género diversas.

[21] Para la elaboración de este apartado se tomó como base el desarrollo realizado en el informe final del proyecto "La transversalidad del género en la enseñanza del derecho: situación actual, avances y obstáculos en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Unicen".

En cuanto a las asignaturas de tercer año, tan sólo 3 de las 9 asignaturas cuentan con doctrina con perspectiva de género, de las cuales solo 2 tienen doctrina por disidencias. Solo una asignatura cuenta con jurisprudencia con perspectiva de género y solo dos cuentan con normativa con perspectiva de género. En todas las asignaturas de tercer año se incluye doctrina cuyas autoras son mujeres, salvo una. Sin embargo, los porcentajes son bajos en relación con la doctrina escrita por varones. A modo de ejemplo, una de las asignaturas de tercer año tiene 34 textos obligatorios de los cuales solo uno ha sido escrito por mujeres.

Por otro lado, dos de las 10 asignaturas de cuarto año no incluyen obras escritas por mujeres dentro de su bibliografía; mientras que de las restantes ocho solo el 17% de la bibliografía obligatoria fue escrita por mujeres. Los programas de las asignaturas de cuarto año de abogacía no incluyen doctrina escrita por disidencias, ni incluyen jurisprudencia relativa a identidades de género diversas.

A quinto año lo componen 7 asignaturas obligatorias junto a 2 materias optativas y 1 seminario. Se observa que sólo una asignatura cuenta con un programa con perspectiva de género que retoma de manera expresa las características esperadas del perfil de la persona egresada. Sólo 4 de las 10 asignaturas cuentan con doctrina con perspectiva de género. Sólo una asignatura cuenta expresamente pronunciamientos judiciales con perspectiva de género. De los programas de las asignaturas de quinto año únicamente 4 asignaturas incluyen normativa con perspectiva de género. Asimismo, una asignatura no incluye doctrina cuyas autoras sean mujeres.

3.2. Respecto de las entrevistas realizadas a docentes de la Facultad de Derecho de la Unicen[22]

Las entrevistas realizadas al personal docente de la Facultad de Derecho de la Unicen arrojaron que el 96% de los y las docentes consideran que la perspectiva de género es importante para el ejercicio de la abogacía. Dentro de los motivos se destacaron

- Creo que no sería ético un ejercicio de la Abogacía sin perspectiva de género (Docente 1, comunicación personal 28 de septiembre de 2021)

[22] Para la elaboración de este apartado se tomó como base el desarrollo realizado en el informe final del proyecto "La transversalidad del género en la enseñanza del derecho: situación actual, avances y obstáculos en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Unicen".

- Para desarmar uno de los dispositivos de desigualdad y violencias en occidente. El patriarcado, que se enlaza y se sostiene recíprocamente con el capitalismo neoliberal y con el colonialismo; (Docente 6, comunicación personal 5 de febrero de 2022)
- La necesidad de atravesar todos los aspectos del machismo y destruirlos encuentra en el ejercicio profesional un campo muy propicio para erradicar prácticas, símbolos y maneras que socavan a la mujer; (Docente 14, comunicación personal 7 de febrero de 2022)
- Mediante la actuación del profesional del Derecho en sus diferentes espacios laborales, se contribuye a promover, capacitar, luchar por los derechos de las mujeres en los diferentes ámbitos de la comunidad; (Docente 21, comunicación personal 28 de septiembre de 2021)
- Resulta indispensable virar al Derecho, históricamente androcéntrico y construido e impuesto desde la mirada de los varones, hacia la protección de mujeres y disidencias sexuales. A la vez, coadyuva a revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de la subordinación de estos grupos históricamente subalternizados. (Docente 25, comunicación personal 29 de septiembre de 2021)

Además, el 27% de los docentes manifestó recibir demandas de estudiantes sobre enseñanza con enfoque de género, mientras que el 73% aseguró que no. Por otro lado, el 88% de las personas entrevistadas consideró que incluye perspectiva de género en el dictado de las asignaturas en temas tales como la familia jurídica musulmán y las diferencias con la occidental, la vocación hereditaria, cuando se trata de manera diversa la situación de la cónyuge y la conviviente, discusiones socio jurídicas entre géneros y derecho y el pensamiento de ciertos filósofos.

El 12% de las y los docentes señalaron que no incluyen la perspectiva de género en el dictado de las asignaturas porque no figura en el programa, desconocen si los temas requieren ese abordaje o porque consideran que no aplica a la asignatura.

El 46% de las y los docentes no identifican fallos con perspectiva de género que se aborden en sus cátedras, mientras que el 39% mencionó al menos un fallo que consideraba que tenía perspectiva de género y que era utilizado en el dictado de su asignatura. El 15% restante manifestó que en su cátedra no se utiliza jurisprudencia obligatoria.

El 50% de las personas entrevistadas identificó materiales de lectura con perspectiva de género que deberían ser incluidos en el programa de la materia. El 19% realizó consideraciones generales sin especificar bibliografía concreta. Mientras que el 31% indicó no conocer material bibliográfico con perspectiva de género.

Respecto de la relación entre docentes y estudiantes en la enseñanza del derecho con perspectiva de género en la facultad de la Unicen, el 88% de las y los docentes consideró que es fundamental y positivo; mientras que el 12% indicó que la relación entre el/la docente y el/la estudiante no juega ningún rol o no sabían qué responder. Con relación a la participación institucional de las mujeres y su impacto en la enseñanza del derecho con perspectiva de género, el 92% de las personas docentes entrevistadas aseguraron que es "fundamental" (Entrevistas docente 12, comunicación personal 2 de mayo de 2022; Entrevistas docente 14, comunicación personal 7 de febrero de 2022; Entrevistas docente 16, comunicación personal 25 de septiembre de 2021; Entrevistas docente 21, comunicación personal 28 de septiembre de 2021; Entrevistas docente 25, comunicación personal 29 de septiembre de 2021), "positivo" (Entrevista docente 5, comunicación personal 5 de febrero de 2022), "central" (Entrevista docente 22, comunicación personal 28 de septiembre de 2021) y/o "importante"(Entrevistas docente 3, comunicación personal 4 de febrero de 2022; Entrevistas docente 4, comunicación personal 9 de febrero de 2022; Entrevistas docente 7, comunicación personal 25 de septiembre de 2021; Entrevistas docente 8, comunicación personal 28 de septiembre de 2021; Entrevistas docente 9, comunicación personal 28 de septiembre de 2021; Entrevistas docente 17, comunicación personal 27 de septiembre de 2021 y Entrevistas docente 24, comunicación personal 28 de septiembre de 2021) , aunque el 8% indicó no saber.

Por otro lado, el 42% de las personas docentes entrevistadas sostiene que existen obstáculos para la enseñanza con perspectiva de género de manera transversal en la carrera de abogacía de la Facultad de Derechos de la Unicen, dentro de los cuales se identificaron los siguientes

- Existen ciertos docentes que no solo no abordan la temática sino que poseen un cierto "rechazo" a que los/as alumnos/as lo incluyamos. Tal cuestión es troncal abordarla ya que son ellos/as quienes forman a futuros profesionales; (Docente 11, comunicación personal 3 de octubre de 2021)
- aún existen ciertos docentes reticentes a hacer cambios estructurales, sobre todo en lo que se refiere al modo de

enseñanza de sus materias; (Docente 8, comunicación personal 28 de septiembre de 2021)

- muchxs de lxs docentes están formados y educados de cierta manera y en cierto contexto, que obstaculiza que apliquen y enseñen la perspectiva de género de manera correcta. Debido a ello, entiendo que muchas veces no logran dimensionar la importancia que tiene la temática en la formación de lxs futurxs abogadxs. (Docente 10, comunicación personal 3 de octubre de 2021)
- la falta de decisión colectiva de avanzar en el aprendizaje desde la perspectiva de género, la revisión del dictado o planificación de la asignatura, y la creación o búsqueda de materiales bibliográficos acordes, entre otros; (Entrevista docente 9, comunicación personal 28 de septiembre de 2021)
- falta de capacitación y de concientización acerca de la importancia de abordar el tema en las asignaturas. (Entrevista docente 12, comunicación personal 2 de mayo de 2022)

El 58% considera que no existen obstáculos para la enseñanza con perspectiva de género de manera transversal en la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la Unicen, aunque varias de las respuestas identificaron los siguientes puntos

- no considero que haya obstáculos, es cuestión de que se acople bien a la carrera, y no sea un peso para los alumnos, sino que todo lo contrario (que sea una herramienta para ser mejores profesionales); (Docente 15, comunicación personal 4 de octubre de 2021)
- no se si resulta un "obstáculo" pero quizá la ignorancia en el tema por parte de todos los "hijos del patriarcado" sea el desafío más importante a vencer; (Docente 13, comunicación personal 7 de febrero de 2022)
- si bien puse "no" entiendo que la ignorancia y la cobardía pueden ser obstáculos para la deconstrucción y el aprendizaje; (Docente 14, comunicación personal 7 de febrero de 2022)
- no hay obstáculos, lo que falta la iniciativa en las cátedras de revisar los programas de estudio para incorporar la perspectiva de género; (Docente 21, comunicación personal 28 de septiembre de 2021)

- los obstáculos que existen son vinculados a la cultura patriarcal en la que hemos vivido; (Docente 22, comunicación personal 28 de septiembre de 2021)
- creo que no hay obstáculos, pero falta tomar la iniciativa al interior y entre las cátedras para revisar los programas de estudio (Docente 23, comunicación personal 28 de septiembre de 2021).

Finalmente, se consultó acerca de propuestas para superar los obstáculos identificados y quienes respondieron esta pregunta identificaron la realización de cursos y capacitaciones. Al respecto, el 65% de las personas docentes que respondieron la entrevista manifestaron haber participado de cursos formativos sobre la perspectiva de género en derecho.

3.3. Respecto de las entrevistas realizadas a estudiantes de la Facultad de Derecho de la Unicen[23]

Las entrevistas realizadas a estudiantes arrojaron que el 100% de ellos y ellas considera que la perspectiva de género es importante para el ejercicio de la abogacía, entre otros motivos porque

- fomenta la comprensión de la mujer desde una mirada deconstructora de los roles fijos y establecidos, y como operadores del Derecho y con la posibilidad de modificar la vida de un otro la perspectiva nos va a posibilitar mejorar las condiciones de las mujeres. A su vez, ya sea como abogado litigantes, u operador público, la empatía hacia la mujer no va a ser la misma que si no poseemos una mirada más amplia. La perspectiva de género no es algo que nazca con nosotros, por lo tanto contando con la misma permitimos mejorar las condiciones de la realidad en la que vivimos (Estudiante 6, comunicación personal 26 de septiembre de 2021)
- es importante para afrontar cualquier aspecto de la vida, por lo que, en una profesión donde el máximo valor es la justicia, no puede prescindir de esta (Estudiante 7, comunicación personal 12 de mayo de 2022)

[23] Para la elaboración de este apartado se tomó como base el desarrollo realizado en el informe final del proyecto "La transversalidad del género en la enseñanza del derecho: situación actual, avances y obstáculos en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Unicen".

- es fundamental para la cabal comprensión de todo asunto relacionado con la profesión. Es la visibilización de la captación real de la realidad social. No puede haber justicia si no hay igualdad, ni igualdad si no hay reconocimiento (Estudiante 5, comunicación personal 5 de mayo de 2022).

El 30% de las personas estudiantes identificaron temas específicos que se abordan con perspectiva de género tales como el cumplimiento de la pena, el abuso de la mujer en conflictos bélicos, el estudio del sufragio universal en la historia argentina. Otro 30% señaló temas generales y el 20% restante no identificó temas de género dentro de las asignaturas. Además, el 90% identificó temas de cada asignatura en los que podría incluirse la perspectiva de género.

En cuanto a la relación entre docentes y estudiantes en la enseñanza del derecho con perspectiva de género en la facultad de la Unicen el 90% la definió como "esencial" (Entrevista estudiante 7, comunicación personal 12 de mayo de 2022), "menester"(Entrevista estudiante 8, 22 de septiembre de 2021), "importante" (Entrevistas estudiante 1, comunicación personal 22 de septiembre de 2021; Entrevistas estudiante 2, comunicación personal 22 de septiembre de 2021; Entrevistas estudiante 3, comunicación personal 23 de septiembre de 2021) o "fundamental" (Entrevista estudiante 4, comunicación personal 27 de septiembre de 2021), entre otros para generar un ambiente de respeto y confianza para el aprendizaje. Respecto de la participación institucional de las mujeres en la enseñanza del derecho con perspectiva de género, el 80% de las personas indicaron que era "importante" (Entrevista estudiante 2, comunicación personal 22 de septiembre de 2021; Entrevista estudiante 5, comunicación personal 5 de mayo de 2022; Entrevista estudiante 7, comunicación personal 12 de mayo de 2022, Entrevista estudiante 8, comunicación personal 22 de septiembre de 2021), "grande"(Entrevista estudiante 9, comunicación personal 24 de septiembre de 2021), "fundamental" (Entrevista estudiante 4, comunicación personal 27 de septiembre de 2021) puesto que "demuestra que las mujeres podemos tener participación y desempeño en ámbitos que históricamente nos fueron negados, y que eran reservados sólo para los hombres" (Entrevista estudiante 1, comunicación personal 22 de septiembre de 2021), entre otros motivos. El 20% restante no respondió la pregunta.

Finalmente, el 30% de las personas estudiantes que respondieron la entrevista consideraron que no existían obstáculos para la enseñanza con perspectiva de género de manera transversal en la carrera de abogacía de la Facultad de Derechos de la Unicen. El otro 70% consideró que existían obstáculos tales como la falta de "deconstrucción de lo aprendido socialmente, la resistencia a incorporar otras perspectivas tanto de alumnxs como del cuerpo

docente" (Entrevista estudiante 7, comunicación personal 12 de mayo de 2022) o "nuestra propia cultura y educación configura un obstáculo importante, más aún cuando hablamos de gente que no está dispuesta a cambiar sus hábitos o formas de pensar" (Entrevista estudiante 8, comunicación personal 22 de septiembre de 2021), así como la falta de capacitación en la temática, entre otros motivos. El 100% de las personas que identificaron obstáculos consideró que éstos podían afrontarse con cursos y capacitaciones.

4. Algunas dificultades para llevar a adelante el proyecto en su momento y nuevas oportunidades para avanzar en la actualidad[24]

El proyecto de investigación se llevó a cabo en un contexto particular marcado por el desarrollo de la pandemia por COVID-19 que generó dificultades imprevistas que impactaron en el desarrollo de la propuesta de investigación. Identificar estas dificultades nos permite pensar que, si bien es posible alcanzar importantes conclusiones, también evidencian la necesidad de repensar la investigación en un contexto post pandemia.

Estas dificultades estuvieron marcadas por las dificultades para el seguimiento del equipo de trabajo y, por sobre todo, para el contacto directo con los y las docentes de la facultad y las y los estudiantes, pues como indicamos en la metodología, la única posibilidad de acceder a la información era mediante entrevistas on line. En este sentido, realizar nuevamente la investigación en el contexto actual permitiría, por ejemplo, realizar las entrevistas en la propia Facultad y dar un acompañamiento y seguimiento más cercano al momento de responder las preguntas, lo que incrementa las posibilidades de contar con una muestra más representativa de quienes estudian o dictan clases en la Facultad de Derecho de la UNICEN.

Con relación a lo anterior, la poca participación de las personas que respondieron las entrevistas solo permite arrojar un resultado parcial. Igualmente, en cuanto a las y los estudiantes, solo fue posible obtener un listado de quienes cursaron alguna materia durante el segundo semestre del 2020, sin especificar la asignatura, a diferencia del listado obtenido respecto de quienes cursaron en 2021. Esto también podría resolverse en el contexto actual de presencialidad.

Además de lo anterior, otro motivo que invita a repensar en la necesidad de actualizar la investigación es la existencia de nuevos seminarios y

[24] Para la elaboración de este apartado se tomó como base el desarrollo realizado en el informe final del proyecto "La transversalidad del género en la enseñanza del derecho: situación actual, avances y obstáculos en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Unicen".

asignaturas optativas que están disponibles para la carrera en la Facultad de Derecho de la Unicen.

5. Conclusiones

Luego del análisis de los programas de las asignaturas de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la UNICEN y de realizar entrevistas a docentes y estudiantes es posible concluir lo siguiente:

La inmensa mayoría de las personas entrevistadas (98%), tanto docentes como estudiantes, consideraron que la perspectiva de género es importante para el ejercicio de la abogacía. Sin embargo, la revisión de los programas de las asignaturas de la carrera permite advertir que sólo unos pocos abordan los temas previstos en sus programas con perspectiva de género. Asimismo, la bibliografía escrita por mujeres es escasa en comparación con la escrita por varones, al igual que el estudio de jurisprudencia con perspectiva de género.

En este sentido, la hipótesis de la investigación se corrobora pues a pesar de existir esfuerzos para incorporar la perspectiva de género en la enseñanza de la Abogacía en la Facultad de Derecho de la Unicen, aún persisten obstáculos para su incorporación de manera transversal.

El 100% de las personas que realizaron propuestas para eliminar los obstáculos en materia de enseñanza con perspectiva de género coincidieron en que la principal herramienta es la realización de cursos y capacitaciones, pese a que en las entrevistas esta pregunta no ofrecía opciones predeterminadas.

Referencias bibliográficas

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2017). *Recomendación general Nº. 36 sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación* (CEDAW/C/GC/36). Naciones Unidas. https://digitallibrary.un.org/record/3843534?ln=es

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (1979, 18 de diciembre). *Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 1249, 13*. Naciones Unidas. ohchr.org

Facultad de Derecho Unicen. (s.f.). *Abogacía*. https://www.der.unicen.edu.ar/wp-content/uploads/2021/08/Plan-de-estudios-2018.pdf

Facultad de Derecho Unicen. (s.f.). *Ayudantes alumnos*. https://www.der.unicen.edu.ar/academica/ayudantes-alumnos/

Facultad de Derecho Unicen. (s.f.). *Docentes*. https://www.der.unicen.edu.ar/academica/departamentos-y-docentes/docentes/

Facultad de Derecho Unicen. (s.f.). *Proyectos de investigación finalizados*. https://www.der.unicen.edu.ar/investigacion/finalizados/

Muñoz Rojas, C. (s.f.). *Educación y género*. SITEAL; Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación (IIPE) UNESCO. https://siteal.iiep.unesco.org/eje/educacion_y_genero

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Banco Mundial, Fondo de Población de las Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ONU Mujeres, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2016). *Educación 2030: Declaración de Incheon y Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4: Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245656_spa

EPISTEMOLOGÍA Y METODOLOGÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA

El papel de la dogmática en la investigación jurídica. Reflexiones desde un taller de metodología para abogados/as

Bailo, Gonzalo L.
CONICET, FCJS-UNL
Marichal, María Eugenia
CONICET, FCJS-UNL

Resumen

La selección y construcción de un aparato de lectura o de «marco teórico» es uno de los pasos clave del diseño de un proyecto de investigación coherente, factible y relevante. En los proyectos de investigación jurídica este paso suele estar mediado por distintos desafíos vinculados al papel que puede asumir la «dogmática jurídica» en la definición de los tipos de conocimientos que se pondrán en juego durante el trabajo. A diferencia de lo que ocurre con otras ciencias sociales, en el campo jurídico el mayor espacio de producción de conocimiento, la denominada «dogmática», mantiene una fuerte impronta técnica profesionalista e intervencionista, por lo que precisa de un examen previo sobre sus aptitudes para abordar una pregunta de investigación sin precluir la búsqueda de respuestas. En las asignaturas de metodología de la investigación, las/os abogadas/os se enfrentan al desafío de evaluar el papel que jugará esta «dogmática jurídica» en el diseño de su investigación y en la selección de las mejores estrategias para su ejecución. Atento a ello, este trabajo aborda algunos problemas particulares de la investigación en derecho, vinculados a las funciones que la «dogmática jurídica» puede llegar a ocupar en el diseño de una investigación (marco teórico o fuente documental). El trabajo combina un relevamiento conceptual al interior del campo jurídico con dificultades prácticas detectadas a partir de la experiencia en una asignatura «taller» dictada a nivel de especialización y de maestría en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral en el período 2022-2024.

1. Introducción

En la bibliografía de metodología de la investigación se puede distinguir el estado del arte o estado de situación del marco conceptual o marco teórico. Las dos primeras expresiones estarían reservadas para la «exposición sistematizada, preferiblemente crítica, del conocimiento teórico y empírico producido sobre un determinado asunto» (Borsotti, 2007, p. 46) y las restantes para referirse a «la opción que hace el investigador por una determinada teorización desde la cual va a abordar su trabajo» (Borsotti, 2007, p. 46).[25] Sautu (2005) considera que la construcción del marco teórico «impregna la totalidad del diseño» y conlleva el riesgo de «transformarse en una trampa cuando se la confunde con la elaboración del estado del arte en un determinado tema».[26]

El marco teórico responde a una construcción particular hecha a medida de cada proyecto de investigación. Resulta de la puesta en contexto del problema de investigación a través del desarrollo de una perspectiva teórica y conlleva una serie de fases previas: «detección, obtención y consulta de la literatura pertinente para el problema de investigación, extracción y recopilación de la información de interés» (Hernández-Sampieri, Collado & Lucio, 2014, p. 58).

Este proceso de selección y construcción de un aparato de lectura o de «marco teórico» es uno de los pasos clave del diseño de un proyecto de investigación coherente, factible y relevante. En la investigación jurídica, particularmente durante esta etapa, suelen presentarse distintos dilemas vinculados a la utilización de la «dogmática jurídica» en la construcción o armado del marco teórico. Estos dilemas revisten cierta especificidad que no siempre puede saldarse recurriendo a la literatura metodológica elaborada para el universo de las ciencias sociales. Las dificultades vienen dadas ya sea por el propio poder técnico que evoca la dogmática (v.g. sus clasificaciones y tecnicismos) o por las especiales destrezas metodológicas que deben ponerse en juego para trabajar con ella (búsquedas, mapeos, categorizaciones, triangulaciones, etc.), que no necesariamente funcionan igual que en otros campos como la sociología, las ciencias políticas o la antropología. No debe perderse de vista que la dogmática

[25] En un sentido similar, Hernández-Sampieri, Collado y Lucio (2014) refieren a un gran proceso que denominan «desarrollo de la perspectiva teórica», que estaría comprendido por dos etapas: revisión analítica de la literatura correspondiente (equivalente al estado del arte); y construcción del marco teórico, lo cual puede implicar la adopción de una teoría.

[26] Agrega que «puede ser un calvario, ya que requiere revisar, evaluar y sintetizar el conocimiento producido por otros para construir el punto de partida del propio estudio» (Sautu, 2005).

jurídica, que adopta esa denominación precisamente porque no cuestiona la existencia y validez del orden jurídico,[27] procura asegurar su propia reproducción desde una impronta técnico-profesional de la práctica jurídica.

En otras palabras, este trabajo no plantea que la producción dogmática represente por sí misma un problema para la comprensión de los fenómenos jurídicos (lo que llevaría a desaconsejar su utilización), sino que sugiere que la misma puede presentar ciertos problemas o resistencias a la hora de diseñar el marco teórico de una investigación jurídica. En un caso se estará discutiendo el problema de la ubicuidad epistémica de la dogmática y en el otro sus aptitudes para abordar una pregunta de investigación desde una perspectiva metodológicamente explicable y auditable. Por ello, en la investigación jurídica resulta desafiante definir o identificar, desde el propio diseño, el papel que debería jugar la dogmática en la ejecución de un proyecto particular.

Este trabajo tiene por objetivo exponer una serie de reflexiones sobre el papel que puede asumir la dogmática en la investigación jurídica a partir de una serie de experiencias registradas en un taller de metodología de la investigación dictado a nivel de especialización y maestría en el período 2022-2024. A partir de las dificultades prácticas detectadas, y retomando aportes anteriores (Marichal & Bailo, 2023), se presentan algunas primeras reflexiones y modos de afrontarlas en los talleres de metodología. Las reflexiones se presentan sobre la base de tres problemas: las recopilaciones de literatura dogmática que pretenden funcionar como marcos teóricos; las confusiones entre las narrativas de la dogmática y las técnicas disponibles para escrutarla; y los prejuicios que pueden activarse contra la dogmática cuando se recurre en exceso a una ornamentación teórico-filosófica que no se vincula con el problema de investigación.

Estas reflexiones se ofrecen tanto para quienes buscan emprender un trabajo de investigación en el marco de un posgrado en derecho como para quienes se interesan en los desafíos de «calibración» que demandan las asignaturas y talleres de metodología de la investigación jurídica.

[27] Atienza (2017) parte de la consideración según la cual esta denominación expresa «la circunstancia de que, para el jurista teórico (...) las normas jurídicas son datos que no puede someter a discusión y, por ello, funcionan precisamente como dogmas, como puntos de partida a partir de los cuales tiene que operar» y que tendría orígenes remotos que podrían remontarse al derecho romano. Sin embargo, considera poco satisfactoria esta explicación comúnmente aceptada en la comunidad jurídica, pues la expresión se introduce recién en el siglo XVIII y se consolida en el XIX con la escuela histórica, y porque «para cualquier jurista resulta hoy obvio que el Derecho (...) tiene una naturaleza esencialmente convencional» (2017). Completa este análisis con una revisión de algunas posturas sobre el estatus epistemológico de la dogmática y su redefinición como tecno-praxis.

2. La recopilación de literatura dogmática como aparente marco teórico

Uno de los problemas recurrentes en el diseño de un proyecto de investigación en derecho consiste en presentar una recopilación o conjunto de resúmenes yuxtapuestos de producciones dogmáticas –por lo general de corte temático– como el marco teórico a emplear durante el trabajo –una suerte de «marco temático»–. Este movimiento suele obedecer a motivos que oscilan entre un extremo que lo justifica como un ejercicio que se puede completar fácilmente («esto es todo lo que se ha producido sobre el particular») y otro que acusa a este paso como una tarea infructuosa por lo interminable («sería imposible presentar todo lo que se ha dicho sobre el tema»). Si bien tras ambos extremos se deja entrever cierta falta de tiempo para realizar o focalizar las búsquedas y las lecturas necesarias en la fase de diseño, estas tareas se tienden a ejecutar sin consignas claras o con bastante discontinuidad temporal, cuestiones que pueden afectar la auditabilidad y explicabilidad de los resultados obtenidos.

La auditabilidad de esas recopilaciones se ve comprometida cuando se verifica que buena parte de la producción dogmática, como regla, no es de libre acceso y se encuentra dispersa en publicaciones de editoriales jurídicas que cuentan con sus propios sistemas de búsqueda (algunos incluso vedados para realizar meras consultas). La selección de las producciones suele responder a la autoría de colaboradores habituales (bajo algún tipo de formato periódico), lo cual puede ayudar a la formación de comunidades especializadas, pero también puede estimular las prácticas endogámicas y el (re)citado de obras del mismo sello editorial. En algunos de los proyectos de este estilo que se presentaban en el taller, por ejemplo, rara vez se utilizaban textos de más de dos sellos distintos e, incluso, las referencias aparecían fragmentadas o incompletas considerando el propio universo de participantes en estos (apretados) diálogos. Este tipo de operaciones de búsqueda puede dar una falsa sensación de consenso, de continuidad o de completitud, cuestiones que se trasladan defectuosamente a un pretendido «marco teórico», que termina reflejando más la propia segmentación del mercado editorial jurídico que una opción teórica genuina y razonada.

Para evitar la confusión de los antecedentes con el marco teórico y favorecer la auditabilidad de los resultados, en los talleres se han empleado dos estrategias. Por un lado, la provisión de información y enlaces para suplementar las búsquedas académicas a través de los catálogos de bibliotecas de universidades nacionales, los servicios que ofrecen los colegios profesionales y la

biblioteca de la propia facultad (a cuyo acervo, en su mayoría, se puede recurrir en soporte papel y cuyo relevamiento adquiere una dinámica diferente a la búsqueda digital por palabras), los catálogos de revistas académicas indexadas, los repositorios de instituciones dedicadas a la investigación, los buscadores académicos especializados, entre otros. Por otro lado, y a partir de esas herramientas de búsqueda, se procura avanzar en el uso responsable de aplicaciones vinculadas al campo de la IA para asistir en cuestiones como el procesamiento de los datos obtenidos, la detección de regularidades, sesgos y jerarquías en los textos y la representación gráfica de sus relaciones más importantes.

La explicabilidad de estas recopilaciones es otro atributo que puede verse afectado cuando el proyecto comienza a confundir los aportes de la dogmática jurídica con los aportes de la teoría general del derecho. Se trata de un problema particularmente sensible cuando no se repara en las (considerables) diferencias de tratamiento que recibe la dogmática al interior de esa «teoría general». Esas diferencias rara vez se orientan a resolver los desafíos metodológicos que se presentan en esta etapa del trabajo. En los talleres se encuentran proyectos que, indistintamente, presentan descripciones o apreciaciones sobre la dogmática que provienen de teorías críticas, de corrientes analíticas o de teorías de la argumentación, en párrafos que no sólo no resisten un *test* de coherencia sino que tampoco decantan en un compromiso teórico claro y fundamentado.[28] Los vicios más frecuentes aquí consisten en el ahogamiento de la propia voz en un mar de citas de autoridad y en la reproducción de conceptos generales que finalmente no demuestran tener una vinculación clara con el problema a estudiar o que directamente generan una tensión epistemológica tal que llega a obturar el proceso de investigación.

Si un proyecto propone, por ejemplo, construir un marco teórico para trabajar la «constitucionalización de A», la dogmática podría aportar pautas para interpretar una norma o conjunto de normas (por lo general, sectoriales) y el análisis de casos o de líneas jurisprudenciales específicas, tratando de delimitar las condiciones en que «A» funciona respecto a «constitucionalización» en un tiempo y momento dado. La teoría general aplicada a ese proyecto, en cambio, podría acercar elementos para escrutar las pautas de interpretación y los análisis que producen esa y otras dogmáticas, cuestión que permite no sólo dar cuenta del alcance otorgado a «constitucionalización» sino también de sus relaciones con otros significantes posibles, como la «desconstitucionalización» o la «inconstitucionalidad».

[28] Una revisión de las diversas conceptualizaciones y ubicaciones epistémicas posibles de la dogmática exceden el objeto de este trabajo. Un mapeo posible se encuentra en Atienza (2017) que describe y ejemplifica tres maneras de entender la dogmática en el mundo latino: un modelo tradicional, un modelo crítico, y un modelo reformista.

En los talleres se ha procurado motivar a quién está comenzando a delimitar su estado del arte y a avanzar en la elección de su marco teórico a hacerlo explicitando sus compromisos teóricos de una manera sencilla y concisa, teniendo en cuenta más la claridad de los enunciados y la correlación con el resto de los pasos del diseño de un proyecto de investigación que en la tendencia a imitar algunas oscuridades en las que suele recaer el discurso academicista por su propia sofisticación interna. Una estrategia posible consiste en construir pequeñas trayectorias o «biografías» de las personas que escribieron las piezas preferidas, y que podrían ser el eje del marco teórico. Este ejercicio implicaría preguntarse por los compromisos teóricos de estas personas, rastreando sus afinidades, identificando quiénes los citan, a qué otras personas citan a su vez, si hubo cambios a lo largo de la vida académica de esa referencia, etc.

Una estrategia complementaria consiste en poner en diálogo la trayectoria de la producción intelectual eje del marco teórico construyendo pequeños «árboles genealógicos» en los que se identifiquen las tradiciones conceptuales, las disputas teóricas, relaciones de discipulado, rupturas con ciertas comunidades epistémicas. Estas «familias» se construyen recopilando los textos que se consideran clave, prestando especial atención a los prólogos de las obras, los índices, las citas y los listados de bibliografía, líneas y afinidades, aspectos comunes y diferencias, etc. Se advierte que estos ejercicios pueden insumir un tiempo considerable de lectura y rastreo, pero la claridad conceptual que se adquiere repercute en todo el desarrollo de la investigación, y una lectura crítica y reflexiva del marco teórico desde el momento del diseño del proyecto redundará en un desarrollo de la investigación más fluida y una escritura de los capítulos de la tesis más ordenada y eficiente.

Partir desde una preferencia clara y explicable, honesta con el lector, consciente de sus límites pero dispuesta a abordar el problema de manera rigurosa, puede ser preferible a derivar el marco teórico de un «macro-diálogo» forzado y repleto de oscuridades inescrutables.

3. La narrativa de la dogmática y las técnicas para escrutarla

Otro de los problemas recurrentes en los proyectos de investigación en derecho es la falta de distinción entre lo que plantea la dogmática conceptualmente -y puede aportar para la construcción del marco teórico, orientando la elección de la pregunta de investigación- y lo que se puede extraer de la misma mediante una o varias técnicas de análisis -y que puede servir para

responder los interrogantes de la investigación-. Es decir, en este segundo caso, la dogmática tendría un rol instrumental que permitiría transformar en referentes observables los conceptos claves de la investigación jurídica.

Esta ambivalencia de la dogmática es un rasgo particular de las producciones jurídicas que en gran parte viene dado por su impronta técnica profesionalista. A diferencia de lo que ocurre con otras ciencias sociales, que no están asociadas al ejercicio de una profesión liberal y a la actividad judicial, en el campo jurídico el espacio de producción de conocimiento más expandido internamente, la denominada «dogmática» se caracteriza por esta fuerte impronta profesionalista e intervencionista.

Si se acepta que las producciones jurídicas se validan según su «potencialidad para contribuir a la resolución de problemas prácticos» (Alvarez, 2017, p. 269), resultan mejores aquellas que detectan problemas internos del campo y aportan soluciones concretas, que aquellas que se limitan a recopilar y organizar información normativa al estilo manualístico. Es decir, las investigaciones jurídicas conllevan un «fuerte sesgo intervencionista» pues se valoran «fundamentalmente en función de sus consecuencias prácticas, en lugar de su capacidad para proveer una explicación o descripción comprensiva de un aspecto de la realidad» (Alvarez, 2019, p. 27).[29] La agenda de problemas relevantes a ser atendidos por el campo jurídico está marcada por las demandas del mercado editorial jurídico, el cual no acostumbra a seguir los esquemas de evaluación (arbitraje doble ciego por pares evaluadores) utilizados por las revistas académicas en otras ciencias.[30]

Esta impronta o sesgo intervencionista de la dogmática no representaría por sí sola un obstáculo o impedimento para ser incorporada a un marco teórico en una investigación jurídica. Lo que puede llegar a resultar problemático es la incorporación acrítica de ese conocimiento jurídico, asumiendo una supuesta neutralidad u objetividad que se atribuye al conocimiento considerado científico (al menos en las perspectivas epistemológicas tradicionales que suelen operar por defecto en el campo jurídico).[31] Para relatar su accidentada

[29] Apoyándose en aportes de Schilardi, esta autora explica que el jurídico es «un conocimiento técnico altamente especializado, elaborado por profesionales que se desempeñan como expertos y/o consultores, frente a la demanda proveniente tanto del sector público (poder político) como privado (empresas)» (Alvarez, 2017).

[30] De acuerdo a Schilardi (2006, p.155) «los criterios seguidos para esta selección de autores posibles de publicaciones son básicamente el prestigio académico (…) logrado indudablemente a través del ejercicio de la investigación académica y el prestigio por un ejercicio exitoso de la profesión».

[31] Alvarez (2019, p. 28) considera que si la dogmática ofrece una versión del derecho plausible con los fines que la comprometen y limitan «se desvanece la posición del observador y toda

dinámica interna, sus cambios y reconfiguraciones, la dogmática suele recurrir a artilugios como la «realidad», el «clima de época», los «giros copernicanos», los «cambios de paradigma», o la «evolución de la disciplina», que sirven para preservar su autopercepción de orden y continuidad, pero que por sí mismos no tienen una función explicativa.

Para ilustrar este dilema sobre el trabajo de la dogmática, pueden recuperarse dos analogías que, por estar formuladas desde diferentes perspectivas, resultan provocativas. Guastini (2017, p. 76) ha advertido que «el discurso de los juristas no sólo "tiene por objeto" el discurso de las autoridades normativas. Antes bien, los juristas modelan y enriquecen continuamente su objeto de estudio, como un violinista que interpola anotaciones apócrifas en la partitura que está ejecutando». Bielsa (citado en Warat, 1981, p. 33), en cambio, asimilaba al dogmático del derecho con el geómetra «pues la dogmática no se dirige a fines políticos, económicos o sociales, ni está influida por ellos; es el derecho positivo el que está influido de direcciones, miras o tendencias».

Esto puede derivar en diferentes problemas, dependiendo el tipo de tesis o tesina que se quiera realizar.[32] En los casos de tesis o tesinas de posgrados vinculados al ejercicio de la profesión liberal o al desempeño judicial, las problemáticas de investigación estarán atravesadas por las prácticas de algunas disciplinas específicas y seguramente el acervo de producción de la dogmática vinculada (civil, penal, comercial, laboral, etc.) sea una fuente ineludible en el armado del aparato conceptual. La dificultad reside en realizar ese armado sin una reflexión sobre los eventuales sesgos intervencionistas que atraviesan cada una de las piezas dogmáticas con las que se trabajará.[33] La construcción del marco teórico de un plan de investigación jurídica teórica con piezas de dogmática jurídica precisa de un cuidadoso examen crítico que reconozca y asuma las posiciones situadas en un tiempo y lugar determinados, con un cierto complejo de intereses y valoraciones subyacentes.[34]

---

posibilidad explicativa y/o comprensiva, especialmente cuando esta posición asumida no se explicita».

[32] La investigación jurídica puede clasificarse, entre otros criterios, en: científica, es decir aquella que tiene por fin describir o criticar los fenómenos definidos como objeto, y dogmática, que está destinada a sugerir estrategias de argumentación y decisión frente a conflictos a partir de normas jurídicas establecidas (Adeodato, 1998, p. 5).

[33] La debida atención a la forma en que incide este sesgo puede convertirse en un factor explicativo, por ejemplo, de cambios de posición del mismo autor sobre el mismo problema a lo largo del tiempo.

[34] Salvi (2024, p. 104) ha recurrido a la noción de «ciencia normal multiparadigmática» para explicar la coexistencia en el mundo jurídico de varias matrices disciplinares que, desde sus propias teorías y metodologías, compiten y dialogan con distintos niveles de interferencia para abordar los problemas legales.

Por otro lado, cabe apuntar que en la investigación en derecho la «dogmática jurídica» puede llegar a cumplir diversas funciones. La operación de recorte de un problema de investigación se suele hacer teniendo en cuenta aquello que afirma cierto grupo de juristas considerados relevantes en cada área o disciplina. Sin embargo, en los pasos siguientes, se debe decidir si ese conocimiento dogmático ocupará un lugar en la definición de los conceptos claves que guían al sujeto de la investigación (marco teórico) o bien serán parte del objeto investigado. Esto último puede realizarse tomando directamente las voces provenientes de la dogmática como agentes claves a ser entrevistados (fuente primaria) o bien a través de sus producciones documentales. Habiendo considerado esta posición ambivalente de la dogmática, en uno de los trabajos presentados en el taller, una tesista evaluó que, en orden a explicar por qué una norma laboral vinculada a la registración laboral no tenía aplicación en tribunales, resultaba más útil entrevistar a una serie de agentes clave que recurrir solamente a sus producciones dogmáticas. En otro de los trabajos, que tenía por objeto el análisis desde una perspectiva de género de un problema de interpretación de la legítima defensa en situaciones de violencia, el tesista entendió que una forma efectiva de conducir metodológicamente su proyecto era aplicando técnicas de análisis del discurso a una serie de producciones dogmáticas y jurisprudenciales estrechamente relacionadas con el problema identificado.

Para evitar confundir en el diseño de la investigación los saberes aportados por la dogmática y las técnicas disponibles para examinarla, en los talleres se han empleado dos estrategias. Como ya fue apuntado en un trabajo anterior en relación a los problemas vinculados a la delimitación de la situación problemática (Marichal & Bailo, 2023) una primera estrategia consiste en acercar ejemplos de trabajos afines a la carrera que hayan escrutado la dogmática de manera creativa, tanto por el tipo de pregunta realizada como por las técnicas empleadas. Así, pueden citarse trabajos que analizaron cualitativamente cuerpos documentales provenientes de la dogmática administrativista para explicar aspectos de la regulación y gestión del patrimonio cultural, en los cuales el marco teórico subyacente estaba construido centralmente con teorías provenientes de los estudios del urbanismo (Levrand, 2023). Otro ejemplo utilizado fue el análisis de cierta dogmática constitucionalista en una tesis sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La revisión de la dogmática fue clave para mostrar cómo, a través de clasificaciones teóricas que interpretan las normas constitucionales (derechos operativos versus derechos programáticos), los derechos que estas consagran se pueden volver inoperantes (Etchichuri, 2013).[35]

[35] En el prólogo se destaca, precisamente, cómo el análisis jurisprudencial realizado se acom-

La segunda estrategia utilizada consiste en invitar a los talleres a personas vinculadas a la docencia e investigación para que relaten en detalle las experiencias y desafíos que enfrentaron durante el diseño y elaboración de sus trabajos. Estas estrategias pueden complementarse facilitando al grupo los videos de las defensas de tesis o tesinas de la carrera en cuestión, para tener en cuenta no sólo los trabajos previos sino también el tipo de jurados que se suele convocar para las evaluaciones.

4. Los prejuicios contra la dogmática y la ornamentación teórico-filosófica

Un tercer grupo de problemas del uso de la dogmática en el marco teórico de un proyecto de investigación se vincula a encontrar un equilibrio entre esta y la teoría general. En la medida que el marco teórico debe ser un enfoque adecuado para encarar la situación problemática identificada y responder las preguntas de investigación es probable que las dificultades no saldadas en esas etapas se trasladen a esta fase de selección del marco conceptual. También en esta etapa proyectan sus efectos los problemas ya apuntados en relación a la subestimación de la experiencia profesional y la pulsión de imitación de las grandes obras (Marichal & Bailo, 2023).

El momento de hacer las elecciones teórico-conceptuales es cuando puede aparecer cierta actitud de prejuicio y desprecio de la dogmática por considerarla un saber llano, rudimentario, tan técnico que se torna irrelevante. Generalmente asociada a un positivismo caricaturesco, reproductivo y pretensamente objetivo y neutral, es objetada por no comprometerse con ideales de justicia (típica acusación de las concepciones neoconstitucionalistas o pospositivistas) o por su ignorancia de las relaciones de poder que atraviesan el derecho y su falta de reflexión epistemológica (típicas acusaciones de las concepciones críticas). Sin embargo, juzgar la dogmática jurídica como un todo a partir de algunas piezas de baja calidad,[36] y desechar completamente su

pañaba «con aquello que normalmente debiera acompañarlo y está ausente, esto es, el estudio de lo que legisladores y doctrinarios han dicho en la materia» (Gargarella, 2013, p. 11). Otro ejemplo puede encontrarse en Moro (2009, p. 245), que ha enfocado en el «problema de no poder marcar problemas» a partir de un estudio de las posibles causas de las resistencias que generan las propuestas de pensar y trabajar por los derechos sociales.

[36] Cabe reconocer que una parte de la producción publicada por editoriales jurídicas (por lo mencionados bajos estándares de evaluación y control de calidad) podría ser caracterizada como artículos que mayormente reproducen textualmente fragmentos de normas vigentes, de manuales y tratados clásicos o largos considerandos de jurisprudencia, sin agregado de aporte original alguno.

relevamiento atento y cuidadoso en el diseño de un proyecto de investigación jurídica, puede condenarlo a su irrelevancia.

En los proyectos de tesis que lograron identificar problemáticas sociales relevantes para la praxis, este prejuicio contra la dogmática jurídica puede conducir a un sobredimensionamiento de la teoría general, la sociología o la filosofía del derecho, otorgándoles un lugar exclusivo en el proyecto. Esto resulta en tesis cuyos primeros capítulos tienden a ser grandes esfuerzos de recopilación bibliográfica de teorías que luego no se recuperan ni se utilizan en el desarrollo del problema. Así, por ejemplo, una tesis que denunciaba las pocas o nulas articulaciones entre «derecho y cultura», como parte del marco teórico revisitaba grandes conceptos de la antropología clásica, pero luego, en los capítulos de desarrollo (en proporción, mucho más breves), se limitaba a «ejemplificar» la importancia del problema mediante un comentario de algunos artículos de la Constitución de la India. Un jurado le apuntó que, si bien había detectado un tema interesante, era sorprendente que recurriera a un ejemplo tan exótico (cuya selección no había sido justificada) cuando la historia constitucional argentina ofrecía innumerables episodios para desarrollar su pregunta de investigación.

Este tipo de trabajos, que directamente ignoran la dogmática o construyen una imagen caricaturesca de su funcionamiento y la desechan sin mayor análisis, puede derivar en un conocimiento de mala calidad, falto de rigor, que termine desconociendo los antecedentes de la propia disciplina y las complejidades que las obras clásicas pueden ofrecer si se las escruta adecuadamente. Así como no cualquier «dogmática» es buena por el solo hecho de aceptar la existencia del orden jurídico, no cualquier trabajo «crítico» es bueno por el solo hecho de apoyarse en grandes teorías. En el fondo, esta actitud crítica superficial alimenta un dogmatismo más acentuado, porque relega a la teoría al lugar de artefacto ornamental carente de funcionalidad para intervenir o pensar problemas. De algún modo, asume que todo aquello que queda fuera de los saberes técnicos pasa a ser una zona de recreo reservada a pensadores ociosos y juristas consagrados.[37] Lejos de ello, el estudio de las comunidades y de los conocimientos expertos es una zona de interés creciente tanto para la

[37] Guibourg (2002, p. 66) revisa este problema en un apartado titulado «el discreto encanto de la dogmática» que comienza evocando algunos lugares comunes: «"eso es pura teoría" -oímos decir a menudo. Y traducimos: "eso no sirve para nada, es simple habladuría, juego de palabras para distracción de juristas sin trabajo útil que hacer"». A continuación, afirma: «pero es un error asimilar la teoría -todas las teorías- a la idea de inutilidad. Nada puede hacerse sin una teoría y una buena teoría (es decir, un sistema de conceptos claros y coherentes entre sí que permite armar un modelo de la realidad adecuado a nuestros propósitos comunes) permite encarar la práctica con mejores perspectivas de éxito».

teoría general del derecho como para otras ramas de las ciencias sociales que también dirigen su atención a la técnica y la *expertise* jurídica.[38]

Para reflexionar durante la etapa de diseño de la investigación sobre estos eventuales sesgos o prejuicios contra la dogmática, en los talleres se han empleado dos estrategias. La primera consiste en realizar chequeos de coherencia interna del proyecto a medida que se avanza en la definición de los objetivos, cruzándolos con los supuestos y conceptos centrales que aporta cada una de las piezas que componen el marco teórico que se está construyendo. Esta forma de diagnóstico se puede realizar utilizando el método de mapeo o el método vertebrado a partir de un índice general (Hernández-Sampieri, Collado & Lucio, 2014, pp. 76-81). Estas propuestas aportan un valor gráfico al ejercicio, ya que permiten visualizar los ajustes que sean necesarios realizar en el marco teórico, para que su armado sea a la medida del problema de investigación identificado, las preguntas y los objetivos seleccionados. La segunda estrategia consiste en invitar a la persona a tomar contacto con las comunidades o grupos de investigación relacionados con sus inquietudes, ya sea para recibir sugerencias bibliográficas, obtener datos de interés, o bien para participar en eventos que le permitan presentar avances y recibir devoluciones que puedan servir para ajustar los aparatos conceptuales.

5.- Algunas reflexiones finales

En este trabajo se intentó reflexionar sobre algunas complejidades y particularidades que se presentan en los talleres de metodología de la investigación en derecho cuando se trata de poner en diálogo las tradiciones dogmáticas con el diseño del marco teórico de una investigación. A diferencia de lo que ocurre con otras ciencias sociales, en el campo jurídico se precisa de un minucioso examen previo sobre las aptitudes de la dogmática para encarar el diseño de una investigación que no obture por anticipado la búsqueda de respuestas. El perfil profesionalista e intervencionista de la dogmática jurídica puede ofrecer distintos niveles de resistencia a la tarea de diseño de un marco teórico suficientemente explicable y auditable. La presentación de recopilaciones de literatura dogmática como aparentes perspectivas teóricas,

[38] Retomando un texto anterior, Atienza (2017, p. 49) advierte el equívoco de la teoría jurídica al «desentenderse de quienes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quienes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del Derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de ese ámbito le es ajeno».

la confusión de la narrativa de la dogmática con las técnicas que sirven para escrutarla y la activación de prejuicios contra la dogmática por el uso excesivo de la ornamentación teórico-filosófica son algunos de los problemas recurrentes registrados a la hora de pensar el mejor papel que puede cumplir la dogmática en una investigación jurídica.

Para abordar estos desafíos resulta necesario diseñar estrategias creativas y/o personalizadas que incluyan, entre otras cosas, la provisión de información para suplementar las búsquedas académicas, el uso responsable de aplicaciones de IA, la reconstrucción de trayectorias y de árboles genealógicos vinculados a conocimientos expertos, la ejemplificación a través de trabajos y de testimonios de personas que hayan escrutado la dogmática de manera creativa, los chequeos integrales de coherencia interna a partir de representaciones gráficas y la toma de contacto con comunidades o grupos de investigación que estén relacionados con las inquietudes o problemas que quieren abordarse. De todas maneras, y recuperando las conclusiones de un trabajo anterior, es útil tener presente que los talleres tienen un componente de artesanalidad que recupera la participación y escucha activa a través de un proceso vivencial y situado que no siempre podrá ser reproducido mecánicamente o sintetizado en reglas aplicables a todo tipo de casos.

Nota de los autores: Las experiencias que se relatan han sido convenientemente modificadas para no comprometer la identidad y las ideas de las personas involucradas.

Referencias bibliográficas

Adeodato, J. M. (1998). "Bases para uma metodologia da pesquisa em direito", en *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo,* (4), 171-87.

Alvarez, L. (2017). "Algunos problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción de conocimiento jurídico", en *Cinta moebio* (60), 268-278.

Alvarez, L. (2019). "Conocimiento jurídico e intervención profesional: elementos para pensar la investigación del derecho en la actualidad", en *Derecho y Ciencias Sociales,* (20), 23-32.

Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*, Trotta.

Borsotti, C. (2007). *Temas de metodología de la investigación: en ciencias sociales empíricas*, Miño y Dávila.

Etchichuri, H. (2013). *Igualdad desatada : la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*. Universidad Nacional de Córdoba.

Gargarella, R. (2013). "Prólogo. Un tema y un enfoque necesarios". En *Igualdad desatada : la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina* (pp. 9-13). Universidad Nacional de Córdoba.

Guastini, R. (2017). *Teoría analítica del derecho: estudios*. ZELA.

Guibourg, R. (2002). *Provocaciones: en torno al derecho*. EUDEBA.

Hernández-Sampieri, R. , Fernández Collado C. & Baptista L. (2014). *Metodología de la investigación* (6° ed.). McGraw-Hill Education.

Levrand, N. (2023). "Regulación administrativa y gestión de un sitio del patrimonio mundial: el caso de la Quebrada de Humahuaca, Jujuy, Argentina", en *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, 10*(2), 1-29.

Marichal, M. E., & Bailo, G. (2023). *La situación problemática en la investigación jurídica. Reflexiones desde un taller de metodología para abogados/as*. UNICEN.

Moro, G. (2009). "Los derechos sociales en la Constitución. Surgimiento, discusión y desafíos de una herramienta para el cambio social", en *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, (7), 221-254.

Salvi, N. (2024). *El estatus científico del derecho a la luz de los paradigmas de Kuhn* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Quilmes]. Repositorio Institucional UNQ.

Sarlo, O. (2006). "El marco teórico en la investigación dogmática". En C. Courtis (Ed.) *Observar la Ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 175-208). Trotta.

Sautu, R. (2005). *Todo es teoría: objetivos y métodos de investigación*. Lumiere.

Schilardi, Ma. C. (2006). "¿Hacer derecho o investigar la realidad jurídica?". En R. Gotthelf (Ed.) *La investigación desde sus protagonistas: senderos y estrategias* (pp. 147-157). EDIUNC.

Warat, L. (1981). "Sobre la dogmática jurídica", *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, *2*(2), 33-55.

FILOSOFÍA Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Protección de derechos en la era del Machine Learning: Desafíos y oportunidades

Yamila Eliana Juri

Universidad Maza

Resumen

El objetivo de este trabajo es mostrar cómo la inteligencia artificial (IA) atraviesa cada vez más todos los aspectos de nuestra sociedad. Una de las vertientes que encontramos es el aprendizaje automático (machine learning, ML) el cual despliega continuamente su poder en una amplia gama de aplicaciones. En los últimos años ha pasado a un primer plano debido, en parte, a la aparición de los macrodatos. El big data permite a los algoritmos de ML descubrir patrones más precisos y realizar predicciones más oportunas y exactas que nunca.

Los sistemas de aprendizaje automático son sistemas informáticos que utilizan modelos matemáticos de datos para aprender sin recibir instrucciones directas. Estos sistemas usan algoritmos para identificar patrones en los datos, que luego se convierten en modelos de datos capaces de realizar predicciones. Cuando estos sistemas reciben mayor cantidad de datos se vuelven más exactos. El aprendizaje automático (ML) intenta imitar el razonamiento humano siendo una parte de la Inteligencia Artificial, se vincula con el análisis predictivo, pero con la particularidad de actualizarse permanentemente de acuerdo a la acumulación de datos. La IA, incluida la incorporada a la robótica y a técnicas como el aprendizaje automático, puede mejorar el bienestar económico y social y el ejercicio de los derechos humanos siempre y cuando se utilice con parámetros éticos y sea regulada por el derecho. Las cuestiones sobre el papel de la ley, la ética y la tecnología en el gobierno de los sistemas de IA son, por tanto, más relevantes que nunca.

Estamos ante un gran impacto y muy dispar de los macrodatos y por otro lado ante posibles daños de los algoritmos que no tienen en cuenta la justicia social vinculada a la automatización de la aplicación de la ley. Dado el amplio impacto de la IA, estas cuestiones urgentes sólo pueden abordarse

con éxito desde una perspectiva multidisciplinar. Nos interesa plantear algunos desafíos desde el derecho y la ética sobre estos temas de suma actualidad con una metodología descriptiva y analizando diversos casos intentamos mostrar cómo influye el ML en el ejercicio de nuestros derechos y en la gobernanza de una ciudad. La relevancia de ML en los derechos y en el Estado subraya la necesidad de un marco regulatorio robusto que guíe su desarrollo y aplicación. Esto incluye la creación de estándares éticos, la protección contra sesgos y la garantía de que las tecnologías se utilicen de manera que beneficien a la sociedad en su conjunto.

En conclusión, el machine learning ofrece oportunidades significativas para mejorar el funcionamiento del Estado y la protección de los derechos humanos, pero también plantea desafíos éticos y legales que deben ser abordados con cuidado.

1. Introducción

La inteligencia artificial (IA) atraviesa de forma exponencial todos los aspectos de nuestra sociedad. Si bien las técnicas incorporadas a la robótica y a los mecanismos de aprendizaje automático, pueden mejorar el bienestar económico y social y el ejercicio de los derechos humanos, esto requiere que se utilicen con parámetros éticos y no escape a la regulación del derecho.

Nos detenemos aquí en un aspecto de la IA que está vinculado con el aprendizaje automático (Machine Learning o ML), esta práctica despliega continuamente su poder en una amplia gama de aplicaciones. En los últimos años ha pasado a un primer plano debido a la aparición de los macrodatos, ya que todo lo referente a big data y los grandes procesamientos de datos, permite a los algoritmos de ML descubrir patrones más precisos y realizar predicciones más oportunas y exactas que nunca.

Las cuestiones sobre el papel de la ley, la ética y la tecnología en el gobierno de los sistemas de IA son, por tanto, más relevantes que nunca. Estamos ante un gran impacto y muy dispar de los macrodatos y, por otro lado, ante posibles daños de los algoritmos que no tienen en cuenta la justicia social vinculada a la automatización de la aplicación de la ley. Muchas personas están preocupadas por la gobernanza de los sistemas de aprendizaje automático y la prevención de daños algorítmicos. El reciente Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea se ha considerado una herramienta fundamental para lograr una mejor gobernanza en esta área (Veale et al., 2018). Estas cuestiones urgentes sólo pueden abordarse con éxito desde una perspectiva multidisciplinar. Nos interesa plantear algunos desafíos desde el derecho y la

ética sobre estos temas de suma actualidad dado que tienen un impacto directo en la forma de ver el Estado y de proteger los derechos humanos.

2. Naturaleza del Machine Learning

El machine learning o aprendizaje automático es una rama de la IA que estudia cómo dotar a las máquinas de capacidad de aprendizaje, basándose en algoritmos capaces de identificar automáticamente patrones en grandes bases de datos y aprender de ellos, luego se convierten en modelos de datos capaces de realizar predicciones. Los sistemas de aprendizaje automático son procedimientos informáticos que utilizan modelos matemáticos de datos para aprender sin recibir instrucciones directas. El tipo de algoritmo empleado depende del tipo de problema que se quiera resolver, el número de variables, el tipo de modelo que mejor se adapte, etcétera. Cuando estos sistemas reciben mayor cantidad de datos se vuelven más exactos.

El aprendizaje automático intenta imitar el razonamiento humano, así utiliza redes neuronales y se vincula con el análisis predictivo, pero con la particularidad de actualizarse permanentemente de acuerdo a la acumulación de datos. Es una aplicación de la IA que entrena algoritmos para mejorar los procesos de toma de decisiones programados algorítmicamente, lo que significa que el algoritmo puede evaluar las deficiencias en su proceso de toma de decisiones en interacciones tempranas y mejorar sus análisis y predicciones con respecto a los resultados probables basados en los datos incorporados (Johnson et al., 2019, 507). Estos métodos participan en la toma de decisiones complejas y aplican la lógica para resolver la incertidumbre. Con entradas de datos abundantes y continuas, el aprendizaje automático permite a un algoritmo o conjuntos de algoritmos involucrados en tomas de decisiones continuas mejorar en una tarea determinada.

Sin embargo, es importante entender el término "aprendizaje" aquí como una metáfora y no el concepto al que se hace referencia cuando la gente habla de aprendizaje humano. El aprendizaje automático no requiere que una computadora participe en habilidades cognitivas de orden superior como el razonamiento o la comprensión de conceptos abstractos. En cambio, el aprendizaje automático aplica técnicas inductivas a conjuntos de datos a menudo grandes para 'aprender' reglas que son apropiadas para una tarea. En otras palabras, la "inteligencia" de un algoritmo de aprendizaje automático está orientada a los resultados no al proceso; un algoritmo "inteligente" está diseñado para alcanzar resultados consistentemente precisos en una tarea

elegida, incluso si el algoritmo no "piensa" como una persona. El aprendizaje automático recuerda en este sentido a una calculadora que multiplica números de quince dígitos más rápido que cualquier humano y en un área estrecha y bien especificada puede llegar a conclusiones más rápido que cualquier humano. A medida que se agregan más dimensiones de resultados óptimos al espacio de soluciones, el aprendizaje automático puede mejorar gradualmente con la experiencia (es decir, más conjuntos de datos, que por supuesto a menudo solo se pueden construir con una gran cantidad de trabajo humano contingente y contendiente para recopilar y limpiarlos).

Los algoritmos de aprendizaje modelan, pero no pueden replicar, las complejidades de la cognición y la emoción que son el sello distintivo de los procesos de pensamiento humano. En cambio, estos algoritmos analizan conjuntos de datos para predecir resultados. Aunque las computadoras pueden imitar la toma de decisiones humana ahora, necesitarán evolucionar bastante para comenzar a replicar lo que comúnmente se hace en el cerebro humano.

En el aprendizaje automático, un conjunto de datos inicial se subdivide en un conjunto de entrenamiento, un conjunto de verificación o validación y un conjunto de prueba. El algoritmo comienza analizando el conjunto de entrenamiento, aprendiendo así las reglas de clasificación del grupo inicial. Por ejemplo, un algoritmo de visión artificial para distinguir imágenes de perros de color marrón claro de otros que sean similar pero con otra características, estas reglas de clasificación se aplican luego a un conjunto de verificación o validación y los resultados se utilizan para optimizar las reglas.

El algoritmo "aprende" qué atributos o actividades relacionadas pueden servir como posibles indicadores de esas cualidades o resultados de interés. El aprendizaje automático permite que los algoritmos que analizan datos "se vuelvan más precisos con el tiempo al completar una tarea" (Rich, 2016, 883). Por lo tanto, los métodos de aprendizaje automático se están volviendo más omnipresentes en toda la sociedad y se utilizan en una variedad de tareas de clasificación, desde la identificación de correos electrónicos no deseados hasta el diagnóstico de enfermedades. Pero a medida que se extienden desde la evaluación de tumores a la evaluación de personas, surgen preocupaciones éticas mucho mayores.

3. Dilemas éticos

En este sentido, resulta necesario que nos preguntemos qué pautas éticas debemos adoptar cuando diseñamos y construimos máquinas inteligentes, cómo van a resolver las máquinas los dilemas éticos que se presenten cuando estén ya programadas para tomar decisiones de manera autónoma.

Por su propia naturaleza las máquinas nunca se enfrentan directamente a dilemas éticos porque ellas no tienen capacidad para juzgar una decisión. Están programadas para acciones concretas, pero resulta que los dilemas aparecen, entonces ahí es donde está la complejidad del asunto. Los algoritmos tienen una ética intrínseca pero no por ellos, sino por los que los han programado y eso lleva en muchos casos a sesgos algorítmicos.

La ética de la IA es un tema de discusión habitual en las disciplinas relacionadas con estas tecnologías, incluidas las ciencias sociales, los medios de comunicación y la política. Las preocupaciones van desde la discriminación debida a conjuntos de datos sesgados hasta la dominación de la humanidad por máquinas sensibles. Las repercusiones sociales de las tecnologías basadas en la IA constituyen el telón de fondo y la justificación de la avalancha de actividades en el discurso público y el desarrollo de políticas sobre si la IA debe regularse y cómo, o si deben encontrarse otras formas de abordar los aspectos negativos de la IA.

Respecto del aprendizaje automático y las diversas técnicas que se utilizan para lograrlo hay que destacar en primer lugar, que muchas de las técnicas actuales de aprendizaje automático son opacas, lo que significa que incluso los expertos con el equipo pertinente no pueden determinar por qué y cómo las entradas se transforman en resultados, por ejemplo, cómo exactamente un perfil personal conduce a una clasificación en términos de una solicitud de hipoteca o una decisión de libertad condicional. En segundo lugar, estos sistemas requieren acceso a grandes cantidades de datos para fines de entrenamiento y validación. Los problemas éticos resultantes son, por ejemplo, los que tienen que ver con el sesgo y la discriminación (Johnson et al., 2019), que pueden surgir sobre la base de sesgos no detectados incluidos en los datos de entrenamiento.

Otras cuestiones específicas están vinculadas al uso de datos que pueden ser personales y que pueden permitir conocimientos adicionales sobre el comportamiento individual a través de la IA y el análisis de big data. Por lo tanto, en este nivel surgen cuestiones relacionadas con la privacidad de las personas y la protección de sus datos, la discriminación y la transparencia que se relacionan directamente con la seguridad y la integridad de los sistemas, algoritmos y datos (Stahl y Wright, 2018).

El año pasado en Argentina se aprobó una reglamentación para el uso de la IA donde se afirma que

El desarrollo y la implementación de IA debe realizarse siguiendo principios éticos para proteger los derechos fundamentales, respetar valores democráticos, prevenir o disminuir los riesgos, promover la innovación y promover el diseño centrado en las personas. En especial se debe respetar la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Algunos de sus principios son: **proporcionalidad e inocuidad.** En caso de que pueda producirse cualquier daño para los seres humanos, debe garantizarse la aplicación de procedimientos de evaluación de riesgos y la adopción de medidas para impedir que ese daño se produzca; **seguridad y protección:** Los daños no deseados (riesgos de seguridad) y las vulnerabilidades a los ataques (riesgos de protección) deben ser evitados y deben tenerse en cuenta, prevenirse y eliminarse durante el ciclo de vida de los sistemas de IA para garantizar la seguridad y la protección de los seres humanos, del medio ambiente y de los ecosistemas; **equidad y no discriminación**: Los actores de la Inteligencia artificial deben promover la diversidad y la inclusión, garantizar la justicia social, proteger la equidad y luchar contra todo tipo de discriminación, de conformidad con el derecho internacional. Los actores de la IA deberían hacer todo lo razonablemente posible por reducir al mínimo y evitar reforzar o perpetuar aplicaciones y resultados discriminatorios o sesgados a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA, a fin de garantizar la equidad de dichos sistemas; **supervisión y decisión humanas**: La decisión de ceder el control a los sistemas de IA en contextos limitados sigue siendo de los seres humanos, porque un sistema de IA no puede reemplazar la responsabilidad final de los seres humanos y su obligación de rendir cuentas; **transparencia y explicabilidad**. La transparencia y la explicabilidad de los sistemas de IA son condiciones previas fundamentales para garantizar el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y los principios éticos. Las personas deben tener la oportunidad de pedir explicaciones e información al responsable de la IA o a las instituciones del sector público correspondientes; **sensibilización y educación**. La sensibilización y la comprensión del público sobre las tecnologías de IA y el valor de los datos deben promoverse mediante una educación abierta y accesible, la participación cívica, las competencias digitales y la capacitación en materia de ética del uso de la IA. También debe realizarse la alfabetización mediática e informacional y la capacitación dirigida conjuntamente por los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales, la sociedad civil, las universidades, los medios de comunicación, los

dirigentes comunitarios y el sector privado, para garantizar una participación pública efectiva (Jefatura de Gabinete de Ministros, 2023).[39]

De todos estos principios, el que resulta crucial en estas cuestiones es el de transparencia y explicabilidad. En el centro del problema está el hecho de que los humanos esperan explicaciones que puedan entender, mientras que, en el aprendizaje automático, los algoritmos clasifican los casos individuales sobre la base de cálculos estadísticos complejos difíciles de traducir para los hombres (Mittelstadt et al., 2019). Esta tensión entre el razonamiento humano y el procesamiento de datos mediante aprendizaje automático es el motivo por el cual la transparencia es una de las cuestiones éticas más vinculadas a la IA. El principio ético de la transparencia se describe como una forma de minimizar el daño, mejorar la IA y fomentar la confianza, también está vinculado al diálogo, la participación y la democracia.

Se suele mencionar la necesidad de generar algoritmos neutrales que mitiguen el riesgo de que los ciudadanos se enfrenten a un tratamiento discriminatorio intencional basado en rasgos legalmente protegidos como la raza, el género o la religión que caracterizan comúnmente las decisiones. La evidencia demuestra que los conjuntos de datos incompletos o inexactos pueden influir en la objetividad de los algoritmos de aprendizaje. Aún más alarmante es que los algoritmos de aprendizaje pueden identificar fácilmente el camino más conveniente o la variable ideal para resolver un problema y tomar una decisión, incluso si pasan por alto el objetivo del entrenamiento. Los sistemas de minería de datos en general son capaces de reproducir los sesgos creados por las decisiones humanas. Esto ocurre porque los datos ingresados en la computadora se han simplificado para enseñarle a la computadora a aprender a menudo con un ejemplo defectuoso.

En el proceso de desarrollo de plataformas, los programadores pueden incorporar sesgos involuntariamente: entradas, capacitación y programación. Por ejemplo, las empresas de tecnología financiera que emplean plataformas describen cada vez más las decisiones de solvencia crediticia como una forma de análisis o calificación del comportamiento. Los prestamistas han aumentado su uso de técnicas de creación de perfiles de big data utilizando algoritmos complejos para detectar patrones sobre la vida diaria de los consumidores y como un medio para predecir el comportamiento del consumidor, desde las búsquedas en Internet o los patrones de compra hasta la actividad en las redes sociales, todo ello se ha vuelto relevante y puede usarse para "calificar" a los consumidores individuales.

[39] https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/educacion-ciencia-cultura/recomendaciones-para-el-uso-de#ley

4. Luces y sombras en relación a los derechos humanos. Hacia dónde regular

Ciertamente el ML puede mejorar la detección de violaciones a los derechos humanos analizando grandes volúmenes de datos, como imágenes satelitales, redes sociales o informes de noticias, lo cual puede ser especialmente útil en zonas de conflicto donde el acceso a la información es limitado. También puede ayudar a identificar y predecir actos de corrupción o abuso de poder, promoviendo la transparencia y la rendición de cuentas. Y en áreas como la salud y la educación puede optimizar la asignación de recursos, mejorando el acceso y la calidad de los servicios para poblaciones vulnerables.

No obstante, como hemos advertido previamente, los algoritmos pueden perpetuar y amplificar sesgos presentes en los datos con los que fueron entrenados. Esto puede llevar a decisiones discriminatorias en áreas como la contratación laboral, la concesión de créditos o la justicia penal, afectando negativamente a ciertos grupos étnicos, de género o socioeconómicos. Existe desigualdad cuando la implementación de sistemas basados en ML en la toma de decisiones puede marginar a quienes no tienen acceso a la tecnología o a quienes no están representados adecuadamente en los datos. Esto puede aumentar la brecha digital y exacerbar las desigualdades existentes.

El uso de ML en la vigilancia masiva plantea serias preocupaciones sobre la privacidad. Los gobiernos y empresas pueden utilizar estas tecnologías para monitorear a las personas de manera intrusiva, lo que puede llevar a violaciones de derechos fundamentales, como el derecho a la privacidad o a la libertad de expresión, tal es el caso de China que a través de un complejo sistema de cámaras de vigilancia escanea y monitorea los datos de todos sus ciudadanos.

La protección de datos está regida por la legislación de cada Estado y su reglamentación, aunque los detalles de estos requisitos legislativos difieren significativamente entre jurisdicciones. Hay varios ejemplos destacados de estos problemas, cuando un sistema de evaluación de solicitudes de empleo conduce a la discriminación por motivos de género o cuando las decisiones predictivas sobre vigilancia policial o libertad condicional conducen a la discriminación por motivos de raza.

Para abordar las preocupaciones relacionadas con el sesgo, se suelen mencionar los problemas de conmensurabilidad y responsabilidad generados por el análisis cuantitativo y algorítmico. Detectar sesgos en el modelo o el conjunto de datos es más fácil si puede comprender lo que está haciendo el modelo y por qué llega a sus predicciones. Los requisitos de explicabilidad

pueden no ser naturales para los expertos en IA y aprendizaje automático; sin embargo, los requisitos son necesarios si vamos a aplicar las leyes de discriminación existentes y desarrollar un sistema regulatorio capaz de disuadir los sesgos impulsados por la correlación.

En primer lugar, está el problema de la verificación de los sistemas que aprenden. Los enfoques de verificación actuales normalmente suponen que el sistema que se está verificando nunca cambiará su comportamiento, pero un sistema que aprende sí cambia, por lo que es probable que cualquier verificación se vuelva inválida después de que el sistema haya aprendido.

En segundo lugar, está el problema de la caja negra. Los sistemas de IA modernos, y especialmente los que reciben la mayor atención, los llamados sistemas de aprendizaje profundo, se basan en redes neuronales artificiales (RNA). Una característica de las RNA es que, después de que la RNA ha sido entrenada con conjuntos de datos, cualquier intento de examinar la estructura interna de la RNA para entender por qué y cómo la RNA toma una decisión particular es más o menos imposible.

La democracia no puede abdicar, y en particular en tiempos de presión populista y dictaduras en todo el mundo. No puede haber ninguna tecnología omnipresente, poderosa y decisiva, ya sea Internet o la IA, que no esté sujeta a las reglas establecidas por la democracia y el derecho.

Los trabajos sobre reglas éticas para la tecnología pueden ser precursores de la ley; pueden brindar orientación sobre el posible contenido de las reglas jurídicas, pero no pueden reemplazar a la ley, ya que carecen de legitimidad democrática y del carácter vinculante que permite su aplicación con el poder de policía que tiene el Estado.

En la Unión Europea existe el RGPD[40] que contiene importantes derechos para los usuarios en relación con cualquier procesamiento de sus datos personales, así como obligaciones de los procesadores que determinarán la forma en que se desarrollará y aplicará la IA. Son importantes aquí los principios de privacidad y protección de datos al igual que las limitaciones al procesamiento automatizado y los derechos relacionados a información significativa sobre la lógica involucrada, la importancia y las consecuencias previstas del procesamiento de datos personales con IA para los afectados.

Por otro lado, en el discurso democrático, es importante saber si la contraparte en la discusión es un humano o una máquina. Si las máquinas pudieran participar en el discurso político sin ser identificadas como tales o

[40] https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_es.htm

incluso hacerse pasar por humanos sin autorización, esto equivaldría a una importante distorsión del discurso, insostenible en la democracia. Ninguna ley garantiza que seamos conscientes de si las máquinas entran en diálogo con nosotros en el contexto político. Como el discurso político transparente entre humanos es clave para la democracia, el principio de esencialidad prescribe que la ley debe crear transparencia en cuanto a si habla una máquina o un humano. El discurso no transparente de las máquinas y, a fortiori, la suplantación de identidad debe ser sancionados, y quienes mantienen las principales infraestructuras del discurso político deben ser responsables de garantizar que exista una transparencia total con respecto al discurso de las máquinas en sus infraestructuras.

5. A modo de conclusión

El ML tiene un impacto importante en nuestra sociedad y en el derecho, con implicancias positivas y negativas. En diversos ámbitos pasando por la policía hasta los sistemas de bienestar social, la prestación de servicios de salud y las plataformas de discurso en línea, por nombrar algunos ejemplos, los sistemas que emplean tecnologías de aprendizaje automático pueden reforzar o cambiar de manera enorme y rápida las estructuras de poder a una escala sin precedentes y con un daño significativo a los derechos humanos, en particular el derecho a la igualdad. Lo importante sería aprovechar el potencial para que los beneficios sean superiores a los costes que puedan tener. En el ámbito de la atención sanitaria, los sistemas de aprendizaje automático podrían aportar avances en materia de diagnóstico y tratamiento, y al mismo tiempo hacer que los servicios de atención sean más accesibles y estén más disponibles.

En relación con el aprendizaje automático y los sistemas de inteligencia artificial en general, los Estados deberían promover el derecho positivo al disfrute de los avances de la ciencia y la tecnología como una afirmación de los derechos económicos, sociales y culturales. Existe un conjunto sustancial y creciente de pruebas que demuestran que los sistemas de aprendizaje automático, pueden ser opacos e incluir procesos inexplicables, contribuyendo así a prácticas discriminatorias o represivas si se adoptan e implementan sin las salvaguardias necesarias. Los Estados y los actores del sector privado deben promover el desarrollo y el uso del aprendizaje automático y las tecnologías conexas con parámetros éticos y jurídicos.

Los Estados deben tomar medidas para garantizar que los funcionarios públicos sean conscientes y sensibles a los riesgos de discriminación y otras violaciones de derechos en los sistemas de aprendizaje automático. En este

sentido la declaración de Toronto ha propuesto que los Estados adopten proactivamente prácticas de contratación diversas, de modo que quienes participan en el diseño, la implementación y la revisión del aprendizaje automático representen una variedad de antecedentes e identidades[41]. Una práctica saludable sería garantizar que los organismos públicos realicen capacitación en derechos humanos y análisis de datos para los funcionarios involucrados en la adquisición, el desarrollo, el uso y la revisión de herramientas de aprendizaje automático.

De esta manera, una herramienta en auge como el ML puede ser utilizada para el progreso de la humanidad como un medio para determinadas tareas y no como una amenaza que busca reemplazar sus capacidades y atentar contra sus derechos más fundamentales.

Referencias

Amnistía Internacional y Access Now. (2018). *La Declaración de Toronto: Protección de los derechos a la igualdad y la no discriminación en los sistemas de aprendizaje automático.* https://www.torontodeclaration.org/

Johnson, K., Pasquale, F. y Chapman, J. (2019). Artificial intelligence, machine learning, and bias in finance: Toward responsible innovation. *Fordham Law Review, 88*(2), 499-530. https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol88/iss2/5/

Mittelstadt, B. D., Allo, P., Taddeo, M., Wachter, S., y Floridi, L. (2016). The ethics of algorithms: Mapping the debate. *Big Data & Society*, *3*(2). https://doi.org/10.1177/2053951716679679

Rich, M, (2016). Aprendizaje automático, algoritmos automatizados de sospecha y la Cuarta Enmienda. *Revista de Derecho de la Universidad de Pensilvania 164* (4), 871-929. https://repository.law.upenn.edu/documents/filter/field_139/VW5pdmVyc2l0eSBvZiBQZW5uc3lsdmFuaWEgTGF3IFJldmlldw%3D%3D/True

Stahl, B. C., & Wright, D. (2018). *Ethics and Privacy in AI and Big Data: Implementing Responsible Research and Innovation. IEEE Security & Privacy, 16*(3), 26–33. https://ui.adsabs.harvard.edu/link_gateway/2018ISPri..16c..26S/doi:10.1109/MSP.2018.2701164

Veale M., Binns R., & Edwards L. (2018). Algorithms that remember: model inversion attacks and data protection law. *Philos Trans A Math Phys Eng Sci.* https://doi.org/10.1098/rsta.2018.0083

[41] Cfr. Declaración de Toronto sobre IA, Prólogo https://www.torontodeclaration.org/

Territorios cercados:
Bordeando las limitaciones del numerus clausus en Argentina

Nicolás Salvi

Universidad Nacional de Tucumán, Universidad San Pablo-Tucumán

Resumen

Esta ponencia explora las limitaciones del principio de *numerus clausus* en los derechos reales dentro del sistema jurídico argentino, resaltando cómo su estructura rígida excluye formas de propiedades alternativas, fundamentales para las comunidades indígenas y campesinas. A través de un análisis de los fundamentos jurídicos del *numerus clausus* y su impacto en la seguridad jurídica y la autonomía comunitaria, se evalúan alternativas como el *numerus apertus*, que plantea una mayor flexibilidad en la creación de derechos reales. Sin embargo, se argumenta que la verdadera solución radica en una reconfiguración jurídica que integre nuevos derechos adaptados a las realidades sociales y territoriales de estas comunidades o que, alternativamente, conceda mayor autonomía a las mismas. Finalmente, se propone un marco legal que refleje la pluralidad cultural y territorial de Argentina, asegurando la inclusión y protección de todas las formas de propiedad.

1. Introducción

La presente ponencia aborda un elemento epistémico que, aunque en apariencia parece poco problemático dentro de la dogmática jurídica, plantea grandes dificultades tanto en la teoría como en la praxis social: la aplicación del principio de *numerus clausus* en los derechos reales y sus consecuencias para las comunidades alejadas de la cultura jurídica liberal-occidental.

El sistema de *numerus clausus*, al establecer un inventario cerrado de derechos reales reconocidos por el Estado, limita significativamente la capacidad de los individuos para crear formas de relaciones reales que respondan a

diversas particularidades culturales, sociales y económicas. Aunque este principio proporciona claridad al definir un marco preestablecido de derechos, impone una inflexibilidad que dificulta la adaptación del ordenamiento jurídico a las necesidades de sectores sociales cuyas estructuras de propiedad no se alinean con el modelo capitalista moderno.

En este trabajo, nos proponemos analizar si el rol del Estado como único creador y regulador de derechos reales restringe la autonomía y la diversidad de relaciones de propiedad en comunidades que históricamente han desarrollado prácticas normativas propias. En la Argentina rural contemporánea, esta tensión entre normas estatales y sistemas consuetudinarios es especialmente visible en las comunidades indígenas y las colectividades campesinas. Este conflicto se enmarca en el ya canónico debate entre monismo y pluralismo jurídico.

Además de la perspectiva dogmática, abordamos la cuestión desde un enfoque filosófico, considerando la relación entre propiedad, autonomía y libertad. Nos preguntamos hasta qué punto el *numerus clausus* restringe no sólo las posibilidades jurídicas, sino también la autonomía de las comunidades para gestionar sus territorios de acuerdo con sus valores y necesidades.

Como respuesta a estas limitaciones, la ponencia evalúa la posibilidad de adoptar un sistema de *numerus apertus*, que permita la creación de derechos reales atípicos en base a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, señalamos que esta alternativa tampoco está exenta de restricciones, ya que la supervisión del Estado y las reservas impuestas por el orden público siguen vigentes, lo que podría comprometer la verdadera autonomía de estos derechos.

Por esto, argumentamos que una verdadera libertad en el ámbito de los derechos reales requiere una reconfiguración radical del marco jurídico, que permita y reconozca la pluralidad de formas de propiedad y organización territorial en Argentina. Esta transformación no sólo respondería a las demandas de autonomía de las comunidades indígenas y campesinas, sino que también abriría el espacio para la discusión de nuevas formas de gobernanzas locales. Con ello, se busca contribuir a un debate más amplio sobre la necesidad de reformar los fundamentos de los derechos reales, respetando la autonomía normativa y la diversidad cultural que caracterizan a las comunidades afectadas por las limitaciones de la tipificación estatal.

2. Fundamentos del *numerus clausus* en los derechos reales

El *numerus clausus* es un principio clave en los derechos reales. Este principio establece un catálogo cerrado de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, lo que significa que solo aquellos derechos definidos por la ley pueden ser considerados como tales, excluyendo la creación de derechos no previstos en esta enumeración (Kiper, 2016). Esta estructura busca evitar la proliferación de derechos atípicos, que podrían generar incertidumbre en las relaciones jurídicas, afectar la estabilidad de las transacciones y comprometer la confianza en el sistema legal (Causse et al*.,* 2017).

La justificación jurídica del *numerus clausus* se consolidó en la modernidad, particularmente en los sistemas de derecho continental, para intentar contrarrestar la pluralidad de cargas reales sobre una misma cosa, propia del sistema feudal (*Plura Dominia*). El derecho de propiedad fue regulado como un derecho absoluto y claro, considerando al derecho de propiedad o de dominio como el más perfecto de todos los derechos reales (Grossi, 1985). Bajo esta perspectiva, la propiedad debía ser absoluta, perpetua y exclusiva, consolidando así la previsibilidad en las relaciones patrimoniales y la protección de una propiedad única, elemento clave del capitalismo[42].

El sistema jurídico argentino refleja claramente estas teorías. En el Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 1884 establece que: "La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura". Esto coloca a Argentina entre los ejemplos más claros de una limitación explícita para la creación de nuevos derechos reales por parte de particulares. Este enfoque no es reciente; ya en el Código de Vélez Sarsfield, el propio codificador justificaba, en la nota del artículo 2205 del viejo Código Civil (análogo al actual 1884), su intención de evitar la proliferación de derechos reales sobre una misma cosa, señalando los peligros de estas complicaciones y la creación de situaciones antieconómicas derivadas de la desmembración excesiva de los derechos de propiedad (Masci, 2018).

Entonces, el objetivo central de generar un *numerus clausus* es proporcionar claridad de situaciones para la protección de la propiedad. Como señala John Locke (2010), la propiedad es uno de los pilares fundamentales del contrato

[42] Así, tal como afirman Corna, Fossaceca y Tanzi (2018) "En miras del liberalismo clásico, la propiedad debe ser absoluta. El legislador que se inspire en ese orden de ideas tratará de regular al dominio con la menor cantidad de restricciones posibles."

social y el principal motivo por el cual los individuos se organizan bajo gobiernos estatales:

"De manera que la norma y finalidad de este poder cuando reside en manos de hombres que se encuentran en su estado natural es la preservación de toda la sociedad a la que pertenecen -es decir, la humanidad en general-; y esa norma y finalidad tiene que seguir siendo la misma cuando el poder pasa a manos del magistrado, a saber: preservar a los miembros de esa sociedad en todo lo referente a sus vidas, sus libertades y sus posesiones." (Locke, 2010, p. 169).

Bajo este argumento, el derecho subjetivo de propiedad es anterior al Estado, y este último surge como una tecnología de gobierno destinada a la protección de los sujetos propietarios. Es más, el ataque a la propiedad es la base de la posible resistencia a los actos de imperio:

"La finalidad del gobierno es el bien de la humanidad. ¿Y qué es mejor para la humanidad: que el pueblo esté siempre expuesto a la ilimitada voluntad de la tiranía o que los gobernantes puedan ser resistidos cuando hacen un uso exorbitante de su poder y lo emplean para la destrucción, y no para la protección de las propiedades de sus súbditos?" (Locke, 2010, p. 220)

Ahora bien, junto al Estado como gendarme necesario para el respeto de la calidad de oponibilidad a terceros de los derechos reales, el número cerrado actúa como una herramienta que protege la estabilidad de este tipo de derechos. Si los particulares pudieran crear libremente nuevos tipos de derechos reales, esto generaría incertidumbre en el tráfico jurídico y económico, ya que los terceros no tendrían certeza sobre los derechos que pueden recaer sobre los bienes. Además, la existencia de un número limitado de derechos facilita su registro y control a través de mecanismos como los catastros, registros de la propiedad o sistemas notariales, lo que concede una mayor eficiencia en la gestión de los bienes.

Pero más importante aún, la limitación que pone a la propiedad absoluta como único derecho real perfecto, y evita las cargas reales o confusiones entre diversos propietarios, es la que consigue consolidar el poder estatal. La posible disidencia que puede darse al interior de propiedades colectivas, es vista por el Estado moderno como un peligro a su monopolio jurídico, y una puerta hacia un neo-feudalismo (Salvi, 2023).

A pesar de sus ventajas jurídicas, el *numerus clausus* presenta importantes perjuicios, principalmente debido a la rigidez que impone. Esta dureza, en primer lugar, plantea un problema de adaptación a las nuevas situaciones que emergen en la economía cotidiana. Por ejemplo, a medida que evoluciona el urbanismo y se consolidan nuevas formas de organización espacial, como la

propiedad horizontal—donde múltiples personas tienen derechos sobre un mismo edificio—, se requiere que el legislador cree nuevos derechos reales para proteger adecuadamente los diversos intereses que surgen en estas relaciones. Un caso similar ocurre con la proliferación de clubes de campo o barrios cerrados, donde la necesidad de regular la convivencia y la titularidad compartida de terrenos obliga a una intervención legislativa específica. En ambos casos, la inflexibilidad puede retrasar la creación de soluciones jurídicas que respondan a estas nuevas demandas sociales, dejando temporalmente desprotegidos a los actores involucrados.

Sin embargo, la problemática de esta rigidez es especialmente preocupante en contextos que los civilistas a menudo evitan o ignoran. Nos referimos a territorios donde conviven comunidades con sistemas normativos diversos, como en Argentina, particularmente en las comunidades indígenas y campesinas, cuyas formas tradicionales de entender y gestionar la propiedad no siempre encajan en el esquema uniforme y centralizado del derecho estatal. En estos casos, la imposición de un catálogo cerrado de derechos reales que no hace eco de estas realidades locales, no sólo margina, sino que también invisibiliza sus concepciones de propiedad colectiva.

Siguiendo el enfoque de Rosa Congost (2007), la propiedad debe entenderse como una institución social y política, en lugar de una construcción puramente jurídica. La historiadora sostiene que las formas de propiedad son el resultado de procesos llenos de conflictos y adaptaciones, y por lo tanto, no deberían ser vistas como estáticas ni universales. En este sentido, el Estado no solo actúa como un protector de ciertos tipos de propiedad, sino también como un agente de desprotección hacia aquellas formas que no encajan en el relato dominante de la propiedad absoluta. Esto significa que las leyes, lejos de ser neutrales o simplemente inclusivas, pueden operar como herramientas crípticas de exclusión.

Esta situación de marginación no se confina al ámbito jurídico, sino que tiene hondas implicaciones políticas. Las comunidades que sostienen formas alternativas de gestión territorial suelen estar también subrepresentadas en los órganos políticos donde se debaten y aprueban las legislaciones sobre la propiedad. Congost crítica que pensadores contemporáneos como Robert Nozick, al abogar por un Estado que se limite a proteger la propiedad privada, ignoran la pluralidad de formas que esta puede adoptar y tienden a naturalizar un modelo único de propiedad. Esto provoca un doble fenómeno de exclusión: primero, las formas de propiedad colectiva no son reconocidas adecuadamente por el Estado, y segundo, las comunidades que sostienen estas prácticas tienen poca influencia en la creación de normativas que podrían proteger sus derechos territoriales.

La tendencia a analizar las relaciones de propiedad desde una óptica moderna y abstracta ha llevado a que las formas comunales o colectivas sean vistas como obstáculos para la consolidación de la propiedad privada perfecta. Esto lleva, según Congost, a que los teóricos sociales (desde juristas a historiadores) tiendan a clasificar estas formas diversas como "cargas", "estorbos" o "imperfecciones" en lugar de comprenderlas como manifestaciones legítimas de una diversidad normativa.

Pues bien, con el problema sobre la mesa, se denota que formalmente la libertad individual parece protegida con el sistema de derechos reales actual, más allá de la limitación estatal justificada en la seguridad de la protección. Pero esta es la protección del individuo que forma parte del contrato social teórico y que da a nacer el gobierno estatal. Las comunidades ajenas a esta contratación y cultura jurídica, ven su libertad colectiva sometida. Esto nos lleva a reflexionar si, rompiendo el inventario cerrado de derechos reales, este problema podría encontrar respuesta.

3. *Numerus apertus* ¿Posible solución?

El *numerus apertus* es un sistema que no establece un catálogo cerrado y predefinido de derechos reales. Bajo este enfoque, es posible la creación de nuevos derechos reales en base a la autonomía de la voluntad. Este esquema permite que los particulares diseñen derechos reales preparados para contextos particulares o en vistas a innovaciones sociales y económicas que no encajen en las categorías tradicionales (Ghersi, 2011).

Entre las supuestas ventajas del *numerus apertus* se encuentra su capacidad para proporcionar una mayor adaptabilidad y dinamismo al sistema jurídico (Baquero Correa, 2017). En teoría, este enfoque ofrece una respuesta a las limitaciones de la previsión de casos típicos posibles imaginados por el legislador, que puede volverse rígida y desconectada de la realidad social contemporánea. Más aun, en situaciones donde las formas de organización y gestión de la propiedad no siguen los modelos occidentales de propiedad liberal.

El sistema de *numerus apertus*, aunque extraño en el mundo continental, ha sido implementado en algunas jurisdicciones como España, donde la normativa civil permite la creación de derechos reales no tipificados explícitamente en la legislación, siempre que cumplan con ciertos principios generales (Moreno, 2010; Beamonte Ramiro, 2023)[43]. Esta orientación ha sido alabada

[43] Aunque es discutida esta calidad del sistema de derechos reales español, la doctrina mayo-

por su capacidad de abrir espacios para la creación de derechos reales atípicos, ajustados a las circunstancias locales o a las necesidades de los actores involucrados en las transacciones jurídicas.

Como vemos, el *numerus apertus* parece conseguir imponerse como la perfecta solución, como una posible síntesis entre la seguridad de la modernidad y la pluralidad de la antigüedad. Sin embargo, al analizar este concepto desde la teoría de los actos típicos del civilista Manuel Gonzalo Casas (2021), queda en evidencia que la flexibilidad del *numerus apertus* es, en muchos sentidos, más un mito que una realidad.

En su obra *Der lukrative Schuldvertrag* (El contrato lucrativo), Casas utiliza esta teoría para dar cuenta de la inexistencia de una libertad natural en el derecho contractual. Empero, nosotros entendemos que esta puede ser fácilmente extrapolada a los derechos reales. Según el autor, en el ámbito de los contratos no existe una verdadera "libertad de la voluntad" para crear obligaciones, ya que los actos jurídicos deben encuadrarse dentro de los actos típicos de generación de obligaciones prestacionales predefinidos por el Estado para ser efectivos. Aunque se ha consagrado en el derecho contemporáneo el principio de *pacta sunt servanda*, esto no implica que un simple acuerdo entre partes tenga fuerza obligatoria por sí solo (*pactum non obligat per se*). Para que un contrato sea vinculante, debe ser reconocido y validado por el ordenamiento jurídico positivo.

Casas argumenta que la libertad contractual es una "libertad normativamente constituida", no una libertad natural o axiológicamente objetiva. Es decir, la fuerza jurídica de un contrato surge únicamente cuando la voluntad del legislador lo reconoce como un acto jurídico con efectos vinculantes. Estas serían las normas de competencia, que como explica Robert Alexy (1993),

---

ritaria lo entiende abierto citando por ejemplo el artículo 2 inciso segundo de la Ley Hipotecaria, que permite la inscripción en los Registros de la Propiedad de "Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales". https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453&b=8&tn=1&p=20210603#a2

Los límites a la creación, explica Beamonte Ramiro (2023), están en el artículo 1255 del Código Civil español, que habla de la autonomía de la voluntad, restringiéndola en lo que tiene que ver con no ser contrario a las leyes, la moral o al orden público. A esto se le pueden sumar criterios doctrinarios, entre los que la autora encuentra como los más generales a respetar el marco general de los derechos reales, garantizando inmediatividad y absolutividad según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1966; cumplir con el principio de especialidad, que exige una descripción clara del derecho y del bien; control de legalidad; existencia de intereses jurídicos dignos de tutela, demostrando que los derechos existentes no ofrecen suficiente protección; no tratarse de derechos reales de garantía, salvo excepciones; y no ser derechos personales ni de naturaleza dudosamente real.

son las que otorgan a la voluntad la capacidad de generar efectos jurídicos, al tipificar los actos jurídicos. Solo aquellos contratos que se ajustan a estos tipos pueden adquirir fuerza de ley.

Este mismo razonamiento se aplica –aun con mayor ímpetu- en el campo de los derechos reales. Aunque se proponga la apertura del catálogo para adaptarse a nuevas necesidades sociales y económicas, la creación de flamantes derechos reales bajo este sistema tampoco es –ni puede ser- completamente libre. Al igual que en los contratos, la creación de un nuevo derecho real depende del reconocimiento estatal y su conformidad con las normas de competencia. Sin esta incorporación, cualquier nuevo derecho carece de fuerza jurídica, cuestionando así la idea de una libertad plena de consenso entre particulares en el *numerus apertus*, ya que existiría algo así como un "tipo general" siempre presente. Aunque el contenido de ciertos negocios puede ser libre, sólo adquiere juridicidad cuando está enmarcado dentro de las obligaciones prestacionales autorizadas por el Estado. Así, incluso en sistemas aparentemente más abiertos, como el español, la autonomía sigue limitada por la tipificación genérica estatal.

La tipicidad en los derechos reales es fundamental para mantener la clausura propia de los sistemas jurídicos, la libertad de intercambio del modelo capitalista y el poder político soberano del gobierno sobre las tierras donde ejerce su imperio. Este principio permite que los actores económico-jurídicos puedan planificar y calcular sus actividades dentro de un marco claro. Concede al Estado la tranquilidad de no perder su monopolio político-jurídico.

La teoría de los actos típicos demuestra que el *numerus apertus* es, a grandes rasgos, una ilusión. Aunque se presenta como una herramienta flexible para romper con las cadenas de la abstracta legislación, la creación de nuevos derechos sigue controlada por el Estado, que define el esqueleto de toda relación real bajo su dominio como poder originario de la generación de normas jurídicas. Los acuerdos privados que intenten crear derechos fuera del marco legal no tendrán efectos, de la misma manera en que un contrato no genera obligaciones jurídicas si no cumple con las normas de competencia.

Este control refuerza la idea de que la tipicidad es esencial en los derechos reales modernos, incluso en sistemas que se consideran más abiertos o pluralistas[44]. A fin de cuentas, el Estado actúa como garante de la coherencia sistémica y seguridad económica, limitando la creación de normas que responden a derechos subjetivos fuera de las estructuras jurídicas preexistentes

[44] Esta idea del catálogo cerrado se extrapola a las demás ramas del derecho (penal, tributario, laboral, etc.) por motivos similares.

que atenten contra su soberanía. Una válvula de seguridad que permite evitar la poliarquía feudal propia del antiguo régimen.

4. Propuestas de reconfiguración jurídica

La necesidad de una reconfiguración jurídica en el ámbito de los derechos reales en Argentina se hace evidente si se consideran las limitaciones del *numerus clausus*, que garantiza estabilidad jurídica pero resulta insuficiente para abordar la diversidad cultural y territorial del país. Como hemos visto, este principio no hace eco de las formas colectivas de propiedad ni a las particularidades de las comunidades indígenas y campesinas. Sin embargo, el *numerus clausus* es un componente inevitable de cualquier sistema jurídico estatal, por lo que no puede ser simplemente descartado.

Al haber descartado al *numerus apertus* como medio de resolución para este problema específico, proponemos dos posibles caminos para resolver las tensiones normativas entre el sistema de derechos reales del Estado y las prácticas territoriales de las comunidades. La primera opción es la integración de nuevos derechos reales *sui generis* al *numerus clausus*, adaptados a las formas de propiedad colectiva que estas comunidades soliciten. La segunda es otorgar a las comunidades mayor autonomía o soberanía sobre sus territorios, reconociendo su capacidad para regular sus propios sistemas de propiedad de manera independiente. Veamoslas con mayor atención:

4.1. Integración de nuevos derechos reales al *numerus clausus*

El proceso de expandir el catálogo de derechos reales reconocidos por el Estado implicaría crear nuevos derechos reales que permitan la gestión colectiva de los territorios y los recursos. El reconocimiento de nuevos derechos reales no implicaría una ruptura con el sistema estatal, sino una adaptación del mismo. Este ajuste permitiría que formas de propiedades diversas tengan un marco jurídico legítimo y eficaz dentro del ordenamiento estatal, facilitando su defensa legal. Así, las comunidades podrían gestionar sus bienes amparados bajo la misma protección que gozan los derechos en el sistema general. Ejemplos que se podrían incluir son derechos específicos para la gestión compartida de la tierra o saberes ancestrales, derechos que aseguren la perpetuidad del territorio como patrimonio cultural de una comunidad.

Sin embargo, esta vía no está exenta de retos. En primer lugar, la creación de nuevos derechos reales puede generar un rechazo sistemático por parte de los sectores más conservadores (públicos y privados). Además, adaptar el *numerus clausus* podría llevar a una proliferación de derechos difíciles de gestionar, lo que eventualmente podría generar más incertidumbre en el mercado, el registro y conflictos sobre la validez de los nuevos derechos. También existe el riesgo de que estos derechos sean infravalorados o mal implementados por parte de los registros y autoridades judiciales, lo que limitaría su eficacia. Más importante aún, se pierde el peso político del reclamo, y no termina por dar solución a la búsqueda por generar un vivir diverso al centralmente planificado.

4.2. Otorgar autonomía territorial a las comunidades

Este camino va más allá de la simple reforma privatista; se trata de permitir que las comunidades ejerzan un control soberano –político- sobre sus tierras, reconociendo la legitimidad de sus prácticas jurídicas autónomas. Este modelo implica que las comunidades no dependan del Estado para crear y validar sus formas de propiedad, sino que tengan la autoridad de gestionar sus recursos y territorios de acuerdo con sus marcos axiológicos propios. Esta concesión de autonomía requeriría que el Estado reconozca plenamente los sistemas normativos de estas comunidades, permitiendo que funcionen de manera independiente.

La autonomía territorial podría implementarse de diferentes maneras, dependiendo del grado de independencia que el Estado esté dispuesto a conceder. En términos más limitados, el Estado podría ceder autonomía parcial en áreas específicas, como la gestión de cierto bien común, permitiendo que las colectividades decidan sobre estos asuntos dentro de ciertos límites legales. Por ejemplo, las comunidades podrían ser responsables de la distribución de tierras para uso agrícola o residencial, o las encargadas de gestionar y atender un bien común natural como un bosque o un lago.

En un nivel más amplio, podría plantearse un nuevo marco de federalismo, donde ciertos territorios cuenten con un grado significativo de autogobierno. Esto incluiría la creación de jurisdicciones autónomas, donde las comunidades tengan el poder de crear sus propios sistemas de propiedad y justicia, basados en sus tradiciones y costumbres.

No obstante, la concesión de soberanía también conlleva riesgos considerables. Uno de los más graves sería la posible pérdida de control del Estado sobre vastos territorios, lo que podría desencadenar en una eventual

fragmentación del país o la creación de entidades políticas separadas que debilitaría la unidad nacional. También existe el riesgo de que estas autonomías sean explotadas por actores políticos o económicos externos o locales que no representen los intereses comunitarios, lo que podría derivar en un uso ineficaz o incluso depredador de los recursos naturales.

Otro problema sería la incompatibilidad entre las normativas comunitarias y el marco jurídico general del Estado, lo que conlleva a una explosión de casos trágicos (Salvi, 2023b). Esto muestra los grandes obstáculos que tienen los gobiernos estatales para poder adoptar herramientas de un pluralismo jurídico real.

5. Conclusión

La rigidez del *numerus clausus*, si bien ha sido un pilar fundamental para garantizar estabilidad política y seguridad económica, revela sus limitaciones cuando se enfrenta a la pluralidad cultural y territorial que caracteriza a espacios, como el de la ruralidad Argentina. El modelo de derechos reales moderno, al priorizar una visión individualista y capitalista de la propiedad, desconoce la diversidad de formas de vida y la gestión colectiva de la tierra que son características de estas comunidades. El conflicto no es simplemente legal; es una cuestión de libertad colectiva, entendida como la capacidad de las comunidades para autogestionar sus territorios y recursos de acuerdo con sus propios valores y prácticas.

El marco legal vigente, al no reconocer plenamente estas formas alternativas de propiedad, refuerza un sistema de exclusión que restringe la capacidad de las comunidades para decidir sobre su propio futuro. Este modelo centralizado de propiedad no solo marginaliza, sino que también perpetúa estructuras de poder que controlan el acceso a los recursos desde una perspectiva hegemónica, debilitando la autonomía de los pueblos.

Para avanzar hacia una verdadera transformación del sistema de derechos reales en Argentina, es necesario replantear la estructura jurídica con dos enfoques que podrían ser complementarios. Por un lado, la integración de nuevos derechos reales *sui generis* dentro del derecho privado, que permitiría que las formas de propiedades alternativas sean respetadas y protegidas bajo el marco estatal, sin romper con la lógica jurídica actual. Esto abriría un espacio para que las comunidades gestionen sus tierras de manera reconocida y respaldada legalmente, pero adaptada a sus particularidades. Es una vía de

expansión dentro del sistema, que otorga flexibilidad sin perder la estabilidad que ofrece el ordenamiento jurídico estatal.

Por otro lado, la concesión de mayor autonomía territorial concedería a las comunidades la posibilidad de ejercer un control soberano sobre sus territorios, sin depender de la intervención estatal para regular sus derechos. Esta vía desde el derecho público no solo intenta garantizar la supervivencia cultural, sino que también avala que las comunidades puedan relacionarse con sus tierras y bienes según sus propias reglas. Se trata de un intento por implementar el pluralismo jurídico material, donde las comunidades no son actores soberanos capaces de definir su propia relación con el territorio.

Ambos enfoques -la integración de nuevos derechos y la concesión de mayor autonomía- no son mutuamente excluyentes. En cambio, juntos permiten construir una estrategia de protección política-jurídica que avanza desde distintos flancos, reconociendo tanto el valor del arraigo comunitario como la necesidad de mantener un orden jurídico si así se lo desea.

La transformación de los derechos reales en Argentina no puede siempre limitarse a ajustes técnicos o reformas parciales. Necesita una reconfiguración profunda si desea ser una herramienta al servicio de la diversidad y la libertad colectiva. Claro está, con la participación de las comunidades, que puedan decidir cuál es la mejor forma de generar sus relaciones reales, sin que se les imponga de forma vertical un nombre y tipo a sus formas de vida.

Referencias bibliográficas

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales.

Baquero Correa, J. S. (2017). Derechos reales atípicos entre el mito y la leyenda: un análisis de los sistemas *numerus apertus* y *numerus clausus. USFQ Law Revien, 4*(1), 31-48.

Beamonte Ramiro, B. (2023). *Discusión sobre la inclusión de nuevos derechos reales en el ordenamiento jurídico español* [Trabajo Fin de Grado]. Repositorio Universidad Pontificia Comillas. http://hdl.handle.net/11531/70471

Casas, M. G. (2021). *Der lukrative Schuldvertrag, eine historische-intitutionelle Dekonstruktion seiner Physiognomie.* Duncker & Humblot.

Causse, J. R., Cazayous, M. E., Dillon, G., & Papaño, J. A. (2017). *Manual de derechos reales*. Astrea.

Congost, R. (2007). *Tierras, leyes, historia. Estudios sobre la gran obra de la propiedad.* Crítica.

Corna, P. M., Fossaceca, C. A., & Tanzi, S. Y. (2020). ¿A qué se denomina derecho real? *Revista de Derechos Reales,* 20, IJ-DXXXVII-505.

Ghersi, E. (*2*6 de agosto de 2011). *Capítulo 5 – Del númerus clausus al númerus apertus.* Artículos de Enrique Ghersi. http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-5-del-numerus-clausus-al-numerus-apertus/

Grossi, P. (1985). Un paradiso per Pothier: Robert-Joseph Pothier e la proprietà moderna. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 14*(1), 401-456.

Kiper, C. M. (2016). *Tratado de derechos reales.* Rubinzal-Culzoni.

Locke, J. (2010). *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (trad. C. Mellizo). Tecnos.

Masci, B. (2018). Los nuevos derechos reales: una afectación a los principios del sistema de *numerus clausus*. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 15*(48), 211-228. https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5105

Moreno, H. S. (2010). *La armonización de los derechos reales en Europa* [Tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili]. Repositorio Institucional URV. https://hdl.handle.net/20.500.11797/TDX540

Salvi, N. (2023). El repudio estatal a las propiedades inconformes. *Crítica Jurídica Nueva Época,* (5), 53-92. https://www.researchgate.net/publication/375891801_El_repudio_estatal_a_las_propiedades_inconformes

Salvi, N. (2023). El Valle de Tafí en disputa: Estado de excepción por emergencia sanitaria, autodeterminación y resistencia. *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, 13*(1), 71-86.https://ojs.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/7013/8127

VIII

JORNADAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIA JURÍDICA

(2025)

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS

No hay trabajo sin atajo en el Lejano Oriente. El intercambio laboral Norcoreano-Ruso y la elusión de la responsabilidad estatal

Julia I. Araujo Poumé
UNICEN

Resumen

El envío de trabajadores norcoreanos a Rusia, un fenómeno con raíces que se remontan al periodo soviético, ha mutado en un sofisticado sistema de subcontratación (*outstaffing*) que difumina las fronteras de la responsabilidad estatal. Este estudio aborda el núcleo de un dilema jurídico contemporáneo: ante las reiteradas denuncias de trabajo forzoso en este esquema, ¿es posible atribuir responsabilidad internacional a un Estado y, en tal caso, a cuál — Corea del Norte, Rusia o ambos? ¿En el mismo grado?

La investigación explora la paradoja estructural de este modelo. Aunque las empresas que operan en territorio ruso son formalmente privadas, lo hacen a través de agencias de contratación subordinadas al control del gobierno norcoreano, configurando una arquitectura deliberadamente opaca. En este contexto, el Derecho Internacional clásico sostiene que los actos de particulares no son automáticamente imputables al Estado. Sin embargo, el presente análisis demuestra cómo esa separación se ve erosionada por los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y por la jurisprudencia de diversos órganos internacionales, que imponen a los Estados un deber de debida diligencia respecto de las actividades empresariales bajo su jurisdicción.

La hipótesis que guía esta investigación sostiene que nos encontramos ante una responsabilidad compartida pero diferenciada. Por un lado, Corea del Norte actúa como perpetrador directo del trabajo forzoso: organiza, supervisa y se beneficia económicamente de un sistema que priva a sus ciudadanos de la libertad laboral y los somete a coerciones incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por otro lado, la Federación Rusa incurre en responsabilidad por incumplimiento de su deber de protección y debida diligencia: tolera en su territorio un entramado de

intermediación que opera al margen de su propia legislación, omite prevenir e investigar las violaciones sistemáticas, y obstaculiza activamente los mecanismos internacionales de monitoreo.

El trabajo examina críticamente si Corea del Norte, al organizar y supervisar el envío de trabajadores, y la Federación Rusa, al permitir en su territorio prácticas incompatibles con las normas internacionales del trabajo, han incumplido sus obligaciones de prevenir, investigar y reparar las violaciones de derechos humanos derivadas de dicho sistema. A través de un análisis exhaustivo de las obligaciones positivas estatales, la investigación ilumina los mecanismos mediante los cuales la acción —o inacción— de los Estados puede transformar la responsabilidad corporativa en un hecho internacionalmente ilícito. En última instancia, este estudio ofrece una perspectiva clave para repensar la atribución de responsabilidad en los complejos escenarios jurídicos de la globalización laboral contemporánea.

1. Introducción

El despliegue de trabajadores norcoreanos en Rusia plantea preocupaciones específicas sobre el cumplimiento de los derechos humanos y las normas laborales internacionales. Este fenómeno expone serios interrogantes sobre su adecuación a los estándares internacionales que prohíben el trabajo forzoso y garantizan derechos laborales fundamentales. A pesar de un claro marco jurídico internacional, basado en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), numerosos informes documentan condiciones laborales de explotación gestionada y controlada estrictamente por la República Popular Democrática de Corea (RPDC).

El presente se centrará en el análisis jurídico de las obligaciones internacionales que vinculan tanto a la RPDC como a la Federación Rusa. Se disertará sobre la naturaleza de las normas de *ius cogens* que prohíben la esclavitud y el trabajo forzoso, y se evaluará la responsabilidad del Estado receptor en virtud de los principios de debida diligencia y del deber de protección. El trabajo se estructura en los encuadres normativos del sistema universal y regional de los derechos humanos, incluyendo los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU, que establecen con claridad las obligaciones estatales de prevenir, investigar y sancionar los abusos cometidos por actores no estatales dentro de su jurisdicción.

2. Marco jurídico internacional

El Convenio número 29 de la OIT define el trabajo forzoso en el artículo 2 como "todo trabajo o servicio exigido a cualquier persona bajo la amenaza de una pena y para el cual dicha persona no se haya ofrecido voluntariamente". La prohibición del trabajo forzoso abarca todos los tipos de empleo, tanto en la economía formal como en la informal (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2014). *La prohibición comprende tanto el trabajo forzoso impuesto por el Estado como el trabajo coercitivo en el sector privado* (Naciones Unidas, 2000).

La prohibición alcanza a los Estados no sólo como posibles perpetradores directos, sino también por conductas que activa u omisivamente faciliten o den lugar a la realización de estas prácticas. La inactividad estatal en materia de prevención y prohibición del trabajo forzoso por parte de actores o entidades privadas configura violaciones directas al Derecho Internacional (OIT, 2014). Algunas de las medidas debidas por los estados son la penalización del fenómeno, la aplicación consistente de la legislación, la identificación, asistencia y protección de víctimas, la investigación y el enjuiciamiento de los perpetradores (OIT, 2014).

3. El fenómeno en clave histórica y contemporánea

Por décadas, la RPDC ha mantenido en funcionamiento un mecanismo de envío de mano de obra al extranjero con los fines de generar divisas para el Estado. El Ministerio de Seguridad del Estado de la RPDC es responsable de la selección, evaluación y asignación del personal (Yeo-sang & Lee, 2016, p. 34). Este supervisa el despliegue de trabajadores y sus actividades una vez fuera del país, asegurando un control rígido sobre su fuerza laboral en el exterior (Oficina de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas [OHCHR], 2024, párr. 92).

Según estimaciones del Centro de Base de Datos para los Derechos Humanos en Corea del Norte (NKDB, por sus siglas en inglés), Corea del Norte envía entre 70.000 y 100.000 trabajadores a más de treinta países de todo el mundo (Yoon & Lee, 2015). Datos oficiales proporcionados por el Ministerio de Trabajo ruso en 2015 reportó una cuota laboral de 47.364 trabajadores norcoreanos (Donga Daily, 2015).

En este sentido, los informes elaborados por el panel de expertos designado por el Consejo de Seguridad de la ONU para supervisar la implementación de las sanciones impuestas a la RPDC señalan la presencia de trabajadores norcoreanos en diversos países de Asia, Europa y África (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas [CSNU], 2009, Resolución 1874). Asimismo, indican que estos trabajadores suelen ser contratados en sectores como la construcción, la agricultura, la explotación forestal, la minería, las tecnologías de la información, la medicina, la electrónica y distintas industrias de servicios (Shin & Go, 2014).

Numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad han prohibido expresamente el empleo de trabajadores norcoreanos en el exterior. La Resolución 2397, adoptada en diciembre de 2017, ordenó la repatriación de todos los trabajadores norcoreanos presentes en sus territorios. Asimismo, exigió que los organismos responsables implementaran mecanismos de control y supervisión sobre las actividades laborales en el extranjero de manera inmediata o en un plazo máximo de 24 meses desde su adopción (CSNU, 2017) .

Aún frente a las anuales y numerosas sanciones dispuestas por el Consejo de Seguridad de la ONU desde el 2006, en su último informe, publicado en marzo de 2024, el Comité de Expertos advirtió que el país "continúa burlando las sanciones del Consejo de Seguridad" (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2024, S/2024/215). Además, señaló que investiga denuncias sobre el suministro de armas y municiones convencionales a otros Estados, particularmente a Rusia.

Pese a la evidenciada importancia y actualidad de la labor del Comité de Expertos mencionado, en marzo de 2024 Rusia vetó por primera vez la resolución en el Consejo de Seguridad —en cooperación con la abstención china—que renovaría el mandato del grupo de expertos encargado de supervisar estas sanciones. Este acto puso fin a 14 años de monitoreo ininterrumpido. Pese a la suspensión del mecanismo de seguimiento, las sanciones permanecen vigentes.

4.- El *outstaffing* y el vacío jurídico en Rusia

El envío, gestión y retorno de trabajadores norcoreanos a Rusia está estrictamente controlado por el Partido de los Trabajadores de Corea y entidades comerciales norcoreanas, en coordinación con el Ministerio de Seguridad del Estado (Scarlatoiu et al., 2023). La utilización de intermediarios para organizar la relación laboral configura un sistema de provisión de personal

integrado al mercado laboral ruso. Muchas empresas recurren a la práctica conocida como *outstaffing* o "trabajo prestado" con el fin de reducir costos y externalizar la gestión de recursos humanos. Aunque no es una modalidad novedosa a nivel internacional, la legislación rusa la reguló formalmente recién en 2016 y, aún así, su utilización continúa estando mayormente restringida para las entidades comerciales.

La Ley No. 116, con entrada en vigor en enero de 2016, introdujo al Código Laboral Ruso (CLR) el art. 56.1, que prohíbe en principio el uso de mano de obra "prestada" (*outstaffing*), definida como aquella en la que un empleado trabaja bajo el control de un tercero distinto a su empleador formal (Volkova, 2019). Sin embargo, la prohibición no es absoluta y admite excepciones que las agencias norcoreanas no cumplen, operando en un vacío legal (Konnov et al., 2014).

El CLR establece, en sus artículos 15 y 56, que toda relación laboral debe basarse en un vínculo de subordinación directa entre empleador y trabajador, garantizando condiciones laborales adecuadas y remuneración justa (Potapov, 2020, pp. 14–15). Sin embargo, este principio se diluye en los esquemas de "cesión" de trabajadores, donde la empresa receptora (que ejerce el control real) no es reconocida como empleadora jurídica, mientras que la agencia contratante (formalmente empleadora) no asume las obligaciones laborales efectivas. Estas agencias intermediarias se limitan a actuar como intermediario financiero al depositar los salarios con los fondos de la empresa tercerizadora, luego de una cuantiosa deducción estatal (Potapov, 2020, pp. 14–15).

Así las cosas, los trabajadores norcoreanos enfrentan un doble aislamiento jurídico: por un lado, la necesaria contratación mediante agencias *estatales* norcoreanas los excluye expresamente de la protección legal rusa sobre estas prácticas, obstaculizando el reconocimiento y ejercicio de sus derechos (Bantsekina, 2011). Además, esta figura exige vínculos societarios entre empresas y la proporción de seguridad social, condiciones que las agencias norcoreanas no cumplen, operando en un marco paralelo al sistema legal formal (Anyukhina, 2015; Konnov et al., 2014). De esta manera, se genera un circuito paralelo donde, mientras las empresas usuarias evaden responsabilidades laborales y las norcoreanas operan fuera del marco regulatorio ruso, los trabajadores quedan sin mecanismos de protección efectivos. En suma, la ausencia de un contrato directo con la empresa usuaria donde trabajan los aparta de la definición de "relación laboral" que reconoce el CLR (Antipkina, 2016). No son empleados formales (pues su contrato es con una agencia extranjera) ni trabajadores independientes, por lo que no tendrían eventual acceso a los Tribunales Laborales rusos (Potapov, 2020, pp. 14–15)

5. Verificación de indicadores de trabajo forzoso

Investigaciones académicas y numerosos testimonios recopilados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) identifican la presencia de varios de los indicadores de trabajo forzoso establecidos por la OIT (OIT, 2012). Entre ellos se encuentran jornadas excesivas, restricciones a la libertad de movimiento, vigilancia constante, retención de salarios y documentos, y amenazas o intimidación. En conjunto, estos elementos sugieren la existencia de prácticas de trabajo forzoso contra trabajadores norcoreanos en el extranjero.

5.1. Abuso de vulnerabilidad

Las autoridades norcoreanas explotan la situación de vulnerabilidad de los trabajadores y sus familias desde el propio proceso de reclutamiento (OHCHR, 2024, KOR/20/0042; KOR/21/0022; KOR/22/0006). En muchos casos, los trabajadores desconocen las condiciones contractuales, el salario o el tipo de tareas que realizarán antes de ser enviados al extranjero. Una vez en Rusia, enfrentan restricciones significativas a su movilidad, acceso a información y control de sus propios recursos (OHCHR, 2024, KOR/21/0026). La falta de capacitación previa y el desconocimiento del idioma local refuerzan su dependencia de los supervisores norcoreanos (Gyupchanova, 2018), quienes controlan la distribución de salarios, alimentos y otros bienes esenciales. Esta situación crea un entorno de subordinación que facilita la imposición de condiciones laborales abusivas. El entorno coercitivo se reforzaba mediante la amenaza constante de repatriación y posibles represalias ante cualquier incumplimiento, queja o intento de fuga (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la RPDC, 2015, A/70/362).

5.2 Restricción de movimiento

Los trabajadores norcoreanos en Rusia suelen vivir y trabajar bajo estricta supervisión de funcionarios norcoreanos, con severas limitaciones para desplazarse libremente o interactuar con personas ajenas a su grupo laboral (Gyupchanova, 2018). Estas restricciones reducen significativamente su capacidad de abandonar situaciones abusivas.

5.3. Aislamiento

Los trabajadores norcoreanos en el extranjero enfrentan severas restricciones a su libertad de movimiento y al acceso a información del exterior, bajo la supervisión de personal de seguridad desplegado por la RPDC (Lee et al., 2023). Sus pasaportes suelen ser confiscados y las comunicaciones, así como el acceso a medios como internet, prensa o televisión, permanecen estrictamente controlados (OHCHR, 2024, KOR/16/0068; KOR/16/0071). Este sistema limita el contacto con sus familias (OHCHR, 2024, KOR/21/0012) y agrava el aislamiento y las dificultades para acceder a atención médica adecuada (Gyupchanova, 2018).

5.4. Intimidación y amenazas

El sistema se caracteriza por el uso sistemático de intimidación y amenazas para asegurar el control sobre los trabajadores, quienes antes de ser enviados al extranjero reciben instrucciones estrictas sobre su comportamiento y las consecuencias de incumplirlas. La selección de candidatos, limitada generalmente a hombres casados con hijos, refuerza este mecanismo de control. De este modo, la posibilidad de represalias contra sus familias en Corea del Norte funciona como un instrumento coercitivo que garantiza su obediencia en el extranjero (Gyupchanova, 2018).

5.5. Retención de documentos de identidad

Otra de las prácticas que surgen de los testimonios de los trabajadores es la de la retención de sus documentos de identidad. Si bien a los trabajadores se les tramitan pasaportes para salir del territorio norcoreano, estos les son rápidamente confiscados por las autoridades norcoreanas una vez llegados a destino (Gyupchanova, 2018). Esta maniobra les imposibilita a los trabajadores tanto su identificación fuera del lugar de trabajo, como salir del territorio (Gyupchanova, 2018), dejándolos en una situación de extrema vulnerabilidad.

5.6. Retención de salarios

Otra manifestación del control es la administración centralizada de los salarios, ya que las autoridades norcoreanas retienen sistemáticamente entre el 80 % y el 90 % de la remuneración bajo el pretexto de contribuciones estatales y gastos de manutención. Como resultado, los trabajadores reciben solo una fracción mínima de sus ingresos, cuyo pago suele ser irregular y dependiente de la discrecionalidad de los supervisores. También se han documentado casos de engaño sobre el salario real y extorsión por parte de funcionarios de la RPDC (OHCHR, 2024, KOR/21/0022; KOR/22/0008).

5.7. Servidumbre por deudas

Las deducciones salariales destinadas a cubrir manutención y contribuciones obligatorias, como el denominado "fondo de lealtad", generan en muchos casos situaciones de servidumbre por deudas, ya que los trabajadores no logran cubrir estas sumas con sus ingresos (Gyupchanova, 2018, pp. 183-214). La insuficiencia y discrecionalidad en el pago de salarios los empujan además a buscar trabajos paralelos no autorizados, lo que implica pagar sobornos y contraer nuevas deudas con sus supervisores (Gyupchanova, 2018. Este ciclo de endeudamiento refuerza su dependencia y prolonga las condiciones de explotación laboral.

5.8. Condiciones de trabajo y vida abusivas

Las condiciones laborales y de vida de los trabajadores norcoreanos en Rusia, especialmente en sectores como la construcción, la pesca y la industria maderera, suelen caracterizarse por entornos peligrosos, jornadas extenuantes y escasas medidas de seguridad (Gyupchanova, 2018). Los testimonios describen alojamiento hacinado, acceso limitado a alimentos, agua y atención médica, y la falta de equipamiento adecuado para tareas de alto riesgo (Gyupchanova, 2018). Además, los accidentes laborales eran gestionados por supervisores norcoreanos y los costos derivados recaían en los propios trabajadores (OHCHR, 2024, KOR/22/0008; Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la RPDC, 2015, A/70/362).

5.9. Exceso de horas extraordinarias

Otro indicador es la extensión excesiva de las jornadas laborales, ya que numerosos trabajadores relataron realizar tareas físicamente extenuantes durante 12 a 16 horas diarias, con escaso descanso y pocos días libres (Gyupchanova, 2018). Negarse o no cumplir las cuotas de trabajo podía implicar la reducción o retención total de su salario (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la RPDC, 2015, A/70/362).

6. La responsabilidad internacional de los estados

El sistema laboral transnacional ruso-norcoreano constituye un mecanismo estructurado que reproduce el trabajo forzoso y permite afirmar una responsabilidad internacional concurrente: la RPDC como perpetrador directo y Rusia por incumplir sus obligaciones de protección y debida diligencia bajo su jurisdicción.

Desde la perspectiva del DIDH, la responsabilidad de Rusia se activa por el ejercicio de su jurisdicción territorial, ya que su inacción ante condiciones laborales degradantes constituye un hecho internacionalmente ilícito por incumplir el deber de debida diligencia para prevenir violaciones de derechos fundamentales. Las obligaciones de protección deben interpretarse de forma amplia, ya que la soberanía no puede justificar la falta de control sobre regímenes laborales abusivos de los derechos humanos. Este marco de obligaciones se complementa con la responsabilidad de los actores privados. Instrumentos de *soft law* como los Principios Rectores de la ONU y las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2023) establecen la responsabilidad autónoma de las empresas de respetar los derechos humanos a través del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Comisión de Derecho Internacional [CDI], 2001, A/56/10).

La vinculación entre conducta empresarial y responsabilidad estatal se articula en tres ejes: la atribución de conducta (arts. 5 y 8 CDI), la violación de obligaciones internacionales (art. 12) y la ayuda o asistencia (art. 16). Este último resulta clave, ya que cuando un Estado permite o se beneficia de actividades empresariales vinculadas al trabajo forzoso, puede considerarse que asiste en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. En estos casos, tanto el Estado de origen como el territorial comparten una responsabilidad

concurrente pero diferenciada. Así, la responsabilidad empresarial no excluye la estatal, sino que evidencia una falla en el deber de debida diligencia.

La responsabilidad empresarial bajo los estándares de la OIT y la ONU no opera en el vacío, sino que se inserta en el régimen de la CDI como indicador de la falla en la debida diligencia estatal, siendo el Estado el responsable final por permitir actividades ilícitas en su territorio.

7. La responsabilidad de las empresas y el poder de protección

Una cuestión relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos es determinar en qué medida la conducta de actores privados, como las empresas, puede proyectarse sobre la responsabilidad internacional de los Estados. El derecho internacional clásico no atribuye responsabilidad directa al Estado por actos de empresas privadas (Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU], 2001, A/RES/56/83). Sin embargo, el deber de protección del Estado exige adoptar medidas razonables para prevenir violaciones por terceros. La omisión estatal de adoptar esas medidas genera responsabilidad internacional.

En esta línea, los Principios Rectores consolidaron el marco "proteger, respetar y remediar"(AGNU, 2001, A/RES/56/83, pág. 3), destacan el papel central del Estado en la regulación y supervisión de la actividad empresarial para una globalización socialmente sostenible. El artículo 1 impone a los Estados el deber de proteger contra violaciones cometidas por terceros, incluidas las empresas. El artículo 17 exige debida diligencia para prevenir, mitigar y reparar impactos negativos. Este proceso implica, entre otras cosas, identificar riesgos y establecer medidas apropiadas para su prevención o reparación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en su Observación General Nº 24, precisó que el Estado viola el deber de proteger cuando prioriza intereses empresariales sobre derechos humanos o no regula la debida diligencia corporativa (Comité DESC, 2017, OG nº 24). En cuanto al deber de respetar, el Comité determinó que existe violación "cuando los Estados partes dan prioridad a los intereses de las empresas en detrimento de los derechos del Pacto sin la debida justificación o cuando aplican políticas que afectan negativamente a esos derechos" (Comité DESC, 2017, OG nº 24, párr. 12). Respecto a la obligación de proteger, exige que los Estados partes "adopten medidas legislativas, administrativas, educativas y otras medidas apropiadas para asegurar una protección eficaz contra las vulneraciones de los derechos consagrados en el Pacto relacionadas con actividades

empresariales y que proporcionen acceso a recursos efectivos a las víctimas de esos abusos" (Comité DESC, 2017, OG nº 24, párr. 14). El alcance de este deber se extiende a prevenir abusos cometidos por empresas domiciliadas en su territorio, sin importar la localización geográfica de sus operaciones principales (Comité DESC, 2017, OG nº 24, párr. 16). La jurisprudencia del TEDH como el caso López Ostra, Fadeyeva (2005, párr. 89) ha sostenido que la falta de regulación de la industria privada puede derivar en responsabilidad de los estados. En este sentido, les impone tomar medidas y actuar activamente en pos de revertir o neutralizar cualquier situación de inconveniencia social ante circunstancias de necesidad (Yershova, 2010, párr. 59).

8. Conclusiones

La investigación demuestra que el despliegue de trabajadores norcoreanos en la Federación Rusa no es un fenómeno marginal, sino un sistema deliberadamente diseñado para generar divisas mediante la explotación de su fuerza laboral. La evidencia empírica y normativa confirma que este esquema presenta múltiples indicadores de trabajo forzoso conforme a los estándares de la OIT.

Estamos, por tanto, ante una responsabilidad compartida pero diferenciada. La RPDC como perpetrador directo, que organiza, supervisa y se beneficia económicamente del sistema. Rusia tiene una responsabilidad indirecta como garante incumplidor, que permite en su suelo la perpetuación de un régimen laboral que contradice frontalmente los estándares mínimos de la comunidad internacional y que, además, obstaculiza activamente —mediante su veto de marzo de 2024— los mecanismos multilaterales de monitoreo y rendición de cuentas.

Frente a este escenario, la comunidad internacional enfrenta el desafío de traducir la densidad normativa acumulada en mecanismos efectivos de exigibilidad. La RPDC carece de instancias internas independientes para investigar y sancionar estas prácticas. Por el contrario, las institucionaliza como política de Estado, por lo que se torna imperativo explorar vías de responsabilización en sede internacional. Entre ellas, la remisión de la situación a la Corte Penal Internacional por la posible comisión de crímenes de lesa humanidad y de esclavitud, así como el ejercicio de la jurisdicción universal o el empleo de mecanismos de sanciones selectivas contra las empresas y funcionarios involucrados en la cadena de explotación.

En definitiva, el caso de los trabajadores norcoreanos en Rusia no debe ser comprendido como una anomalía aislada, sino como el producto de las prácticas y dinámicas contemporáneas del derecho internacional. Allí donde la comunidad internacional carece aún de instrumentos eficaces para hacer valer sus normas más fundamentales y, muy por el contrario, admite y pondera la gravedad de algunas irregularidades por sobre otras, dependiendo de quién sea el Estado perpetrador. La persistencia de este sistema es un contundente recordatorio de la brecha que separa la consagración normativa de la efectiva realización de los derechos humanos. Cerrar esa brecha exige, además de diagnósticos precisos, la voluntad política de exigir responsabilidades y la convicción de que ningún Estado puede situarse impunemente al margen de los principios que fundan la comunidad internacional.

Referencias bibliográficas

Antipkina, O. (2016). *Regulación del secondment (outstaffing) en Rusia [Regulation of secondment (outstaffing) in Russia]*. De Berti Jacchia Franchini Forlani Studio Legale. https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f9afced8-f038-4c21-ab80-5a5052d08da0

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2001). Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (A/RES/56/83). Naciones Unidas.

Bantsekina, O. (2011). *Trabajo temporal y cesión de personal en Rusia: Realidad actual y perspectivas [Agency labor and secondment in Russia: Present reality and perspectives]*. Coleman Services. https://www.coleman.ru/en/opinion/agency-labor-and-secondment-in-russia-present-re

Comisión de Derecho Internacional. (2001). *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (A/56/10). Naciones Unidas. https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/responsabilidad/Proyecto%20de%20Art%C3%ADculos%20sobre%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20POR%20HECHOS%20INTERNACIONALMENTE%20IL%C3%8DCITOS.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2017). *Observación General N° 24: sobre las obligaciones de los Estados en virtud del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales.*

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (12 de junio de 2009). *Resolución 1874 (2009)* (S/RES/1874). https://docs.un.org/es/S/RES/1874%20(2009)

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2017). Resolución 2371 (2017) (S/RES/2371) https://undocs.org/S/RES/2371(2017)

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2017). Resolución 2375 (2017) (S/RES/2375) https://undocs.org/S/RES/2375(2017)

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2017). Resolución 2379 (2017) (S/RES/2379) https://undocs.org/S/RES/2379(2017)

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2017). Resolución 2397 (2017) (S/RES/2397) https://undocs.org/S/RES/2397(2017)

Donga Daily. (2015, 22 de diciembre). Alrededor de 40.000 trabajadores norcoreanos en el extranjero construyeron todos los edificios en Primorsky.

Gyupchanova, T. (2018). Labor and human rights conditions of North Korean workers dispatched overseas: A look at the DPRK's exploitative practices in Russia, Poland, and Mongolia. *Cornell International Law Journal, 51*(1), Art. 5. de https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol51/iss1/5

Konnov, O., Shalamova, A., & Ruderman, I. (2014, 16 de junio). Importante reforma de los acuerdos de cesión temporal de personal. Herbert Smith Freehills Kramer. https://www.hsfkramer.com/notes/employment/2014-06/russia-major-overhaul-of-secondment-arrangements

Lee, W., Lee, K. , Joung, E., Yee, J., Na, Y., Choi, G., Kim, A. , & Yoon, H. (2023, 4 de mayo). *White paper on human rights in North Korea 2022 [Libro blanco sobre la situación de los derechos humanos en Corea del Norte 2022]*. Institución Coreana para la Unificación Nacional.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2024). *Trabajo forzoso en la República Popular Democrática de Corea* (KOR/16/0068; KOR/16/0071). Naciones Unidas. https://doi.org/10.18356/9789211066142

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2024). Trabajo forzoso en la República Popular Democrática de Corea (KOR/21/0012). Naciones Unidas. https://doi.org/10.18356/9789211066142

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2024). *Trabajo forzoso en la República Popular Democrática de Corea* (KOR/22/0008). Naciones Unidas. https://doi.org/10.18356/9789211066142

Organización Internacional del Trabajo. (2012). *Indicadores de trabajo forzoso.*

Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (P029).* https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/protocol-2014-forced-labour-convention-1930

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2023). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial.* https://doi.org/10.1787/7abea681-es

Potapov, A. (2020). *Sobre la multiplicidad de personas en el lado del empleador en las relaciones laborales.* United Engine Corporation Joint-Stock Company. https://publications.hse.ru/pubs/share/direct/790357894.pdf

Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea. (2015). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea* (A/70/362). Asamblea General de las Naciones Unidas. https://docs.un.org/es/A/70/362

Scarlatoiu, G., Ha, R., & Lee, H. (2023). *Trabajadores norcoreanos enviados oficialmente a China y Rusia.* Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina (CADAL). https://www.cadal.org/informes/pdf/Trabajadores-norcoreanos-enviados-oficialmente-a-China-y-Rusia.pdf

Shin, C., & Go, M. (2014). *Más allá del informe del COI de la ONU sobre derechos humanos en la RPDC.* Asan Institute for Policy Studies. http://en.asaninst.org/contents/asan-report-beyond-the-coi-dprk-human-rights-report/

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2005). *Fadeyeva c. Rusia* (Solicitud N° 55723/00).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010). *Yershova c. Rusia* (Solicitud N° 1387/04).

Volkova, A. (2019). *Mano de obra cedida en Rusia [Borrowed labor in Russia].* Confidence Group. https://eng.confidencegroup.ru/info/articles/migratsionnye-uslugi/zaemnyy-trud-v-rossii-2019-g/

Yeo-sang, Y., & Lee, S. J. (2016). *Corea del Norte fuera del Estado norcoreano: Condiciones laborales y derechos humanos de los trabajadores norcoreanos enviados al extranjero en Polonia y Mongolia.* NKDB.

Yoon, Y., & Lee, S. (2015). *Derechos humanos y los trabajadores norcoreanos en el extranjero: Dilemas y cambios de política.* Centro de Base de Datos para los Derechos Humanos en Corea del Norte.

Género y Derechos Humanos en el Constitucionalismo Latinoamericano

Mireya Castañeda Hernández.
Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen

El escrito aborda dos temas del Constitucionalismo Latinoamericano: la perspectiva de género y la recepción constitucional de los derechos humanos de fuente internacional. En principio, se aborda el reconocimiento al voto femenino como punto detonante del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, se recuerda también los tratados internacionales dedicados a los derechos de las mujeres, logrando en el marco de igualdad de derechos políticos, la titularidad de la Presidencia de diversas mujeres en la región. Entre las últimas Recomendaciones de la CEDAW en el tema destaca la número 40 sobre la representación igualitaria de mujeres en la toma de decisiones. En segundo lugar, se recuerda el reconocimiento constitucional de los tratados de derechos humanos que han tenido lugar en América Latina, lo que implica un reconocimiento conjunto de normas constitucionales y convencionales. En este ámbito se recuerdan también los instrumentos que protegen derechos económicos, sociales y culturales, lo cual se une al último punto abordado. El escrito finaliza con la referencia a la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, aprobada en Naciones Unidas en 2015, lográndose identificar parte de sus objetivos con parte de los derechos económicos, sociales y ambientales y en específico el Objetivo de Desarrollo Sostenible 5, dedicado a la igualdad de género, lo que se puede identificar como prioridades mundiales y regionales.

1. Introducción

El presente estudio pretende abordar en el Constitucionalismo Latinoamericano dos temas: la perspectiva de género y los derechos humanos. La complejidad sobre el estudio del Constitucionalismo Latinoamericano son

los acentos o matices propios; sin embargo, los puntos en común motivan amplios estudios como lo ha realizado en varios escritos Roberto Gargarella.

El estudio se plantea a partir de dos ejes, en primer lugar, desde la recepción constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos que han efectuado algunos países de la región y en segundo lugar, se incorpora la perspectiva de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, un documento aprobado en 2015 por Naciones Unidas que representa un compromiso político respecto a 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, entre ellos, se plantea la relación con algunos derechos humanos, así como en específico el objetivo 5 relativo a la igualdad de género.

Como elementos de estudio se ha considerado tanto la doctrina argentina como la sentencia interamericana en el Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) de 2020, en la que se recuerda la protección que los países han realizado en sus Constituciones de algunos de estos derechos; así como literatura relativa a la perspectiva de género que se incluye en el apartado bibliográfico.

El estudio está dividido en tres apartados. El primero relativo a los primeros pasos del Constitucionalismo Latinoamericano respecto a la perspectiva de género, comenzado por el reconocimiento del derecho al voto femenino hasta los últimos pronunciamientos del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). En segundo lugar, la recepción constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, una de las características del Constitucionalismo Latinoamericano. En el tercer apartado, estará dedicado a reflexionar sobre algunos retos.

2. Constitucionalismo Latinoamericano y género

Sobre el Constitucionalismo Latinoamericano, destacan los variados estudios realizados por Roberto Gargarella, quien ha organizado la evolución de éste en cuatro etapas, dirigida cada una de ellas a resolver problemas diversos: el constitucionalismo experimental (1810-1850); el fundacional (1850-1917); el social (1917-1980) y el de los derechos humanos (1980-2000) (Gargarella, 2015). Para efectos del presente escrito destaca el Constitucionalismo social, al reconocer algunos derechos sociales previo a su reconocimiento internacional, así como el reconocimiento constitucional de tratados internacionales como será abordado más adelante.

Una pregunta detonante es ¿la perspectiva de género ha sido o es parte del Constitucionalismo Latinoamericano? A ello se dedica el presente apartado. En principio, un elemento importante es distinguir el reconocimiento al

voto femenino, que fue uno de los pasos esenciales, que se podría catalogar como parte del constitucionalismo fundacional en la etapa social, conforme ha señalado Gargarella, aunque en algunos países el reconocimiento se dio a nivel legislación. El reconocimiento de este derecho tuvo lugar en la primera mitad del siglo XX, entre las décadas de los años veinte y principalmente en los años cincuenta. En 1927 se ejerció el voto por plebiscito en Uruguay y se reconoció en 1932 (Cecchini, 2015), en 1929 se reconoció en Ecuador, en Brasil en 1932, en Guatemala y Panamá en 1945 (Vega, 2018), en el Salvador y en Venezuela en 1946, en Argentina en 1947, en Costa Rica en 1949.

Este reconocimiento también fue acompañado del Derecho Internacional, en principio, en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, que reconoce el derecho a la igualdad. En ese mismo año en la Organización de Estados Americanos se aprobaron dos tratados relativos al reconocimiento de derechos de la mujer, tanto civiles, como políticos. Y en 1952, la Asamblea General aprobó la resolución relativa a la adopción en español del término "derechos humanos" en vez del término "derechos del hombre" (Resolución 558(VI)). Después de ello continuó el reconocimiento del derecho al voto en la región. En México se reconoció el voto femenino en 1953, en Honduras y Colombia en 1954, en Nicaragua en 1955, en Perú en 1956 y en Paraguay en 1961.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada dos meses antes que la de Naciones Unidas, no tuvo el cambio en cuanto a lenguaje incluyente, pero lo incorporó el tratado interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. De lo anterior, se desprende un reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres intermedio, ya que en países de otras partes del mundo el reconocimiento fue previo y acompañado de una senda reivindicación del derecho al voto, como en Reino Unido y Estados Unidos y se siguió reconociendo en otros países del mundo.

No obstante, el reconocimiento al voto femenino fue el nacimiento del reconocimiento de derechos humanos fundamentales en el Constitucionalismo regional y en tratados internacionales, teniendo un papel protagónico el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en Naciones Unidas, con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada en 1979 y en la Organización de Estados Americanos con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém do Pará" aprobada en 1994.

Del órgano de tratado CEDAW, en estos temas, destaca la Recomendación General nº 23 dedicada al artículo 7º relativo a la vida política y públi-

ca, emitida en 1997. La Recomendación General nº 25 dedicada al artículo 4 en su párrafo 1, relativa a medidas especiales temporales de 2004. Asimismo, destacan Recomendaciones Generales relativas a la violencia de género, la Recomendación General no. 12 de 1989, la no. 19 de 1992 y la no. 37 de 2017.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha conocido de casos en los que entre las víctimas ha habido mujeres o las víctimas han sido mujeres, así como casos de violencia de género, llegando a la más grave conculcación en la materia con el feminicidio, como se abordó en el Caso González y otras vs. México de 2009.

Una de las últimas sentencias interamericanas, que incorpora un tema sujeto de análisis, se trata del Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, de 2021, en donde una mujer transexual sufrió, en criterio del tribunal violencia de género. Un tema en discusión al final de la mesa fue el voto de la Jueza Elizabeth Odio Benito, quien en ese momento era la única mujer en el tribunal internacional, este voto fue parcialmente disidente, destacando la lucha histórica que ha identificado a las mujeres por ser mujeres. También es importante mencionar que con posterioridad a esa resolución la integración de la Corte Interamericana ha estado compuesta por un mayor número de mujeres juezas, en este momento tres: Nancy Hernández López (Costa Rica), Verónica Gómez (Argentina) y Patricia Pérez Goldeberg (Chile).

En cuanto al feminismo teórico, su cuna fue en Estados Unidos, se pueden mencionar como algunas de sus precursoras a las autoras Sheyla Benhabib, Judith Butler y Nancy Freiser, que desde el pensamiento crítico con perfiles sociales y filosóficos abrieron debates importantes sobre el tema. También vale la pena mencionar la aportación de Kimberly Crenshaw, desde el feminismo afrodescendiente, del concepto de interseccionalidad, encaminado a identificar distintos motivos de desigualdad en una misma persona. Una autora que abordó desde la perspectiva de género en América Latina, con un perfil de derechos humanos ha sido Alda Facio.

Desde el Constitucionalismo Latinoamericano se puede identificar el avance del reconocimiento al voto femenino a la obtención del más alto cargo de elección popular, habiendo habido mujeres Presidentas en Argentina en 1974 y 2007, en Bolivia en 1979 y 2019, Haití en 1990, 1995, 2008, Nicaragua en 1990, Ecuador en 1997, Panamá en 1999, Chile en 2006 y 2014, Costa Rica en 2010, Brasil en 2011, Honduras y Perú en 2022 y México en 2024. Destacando –sin lugar a dudas– el papel de Michelle Bachelet en Chile.

Como parte del avance y desarrollo del Constitucionalismo, destaca la Recomendación General nº 40 del Comité para la eliminación de la

discriminación contra la mujer (CEDAW), emitida en 2024, relativa a la representación igualitaria e inclusiva de las mujeres en los sistemas de toma de decisiones con la recomendación del órgano de tratado de adecuación constitucional y legal (párr. 26). Al respecto se considera que la interpretación que ha dado este órgano de tratado puede considerarse como un impulso para una paridad de género en los órganos constitucionales.

3. Recepción constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos

Como se mencionó en el apartado anterior, una de las etapas del Constitucionalismo Latinoamericano que ha identificado Roberto Gargarella en sus estudios es el que pertenece a los derechos humanos (1980-2000) (Gargarella, 2015). En la segunda mitad del siglo XX, a partir de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, fue que se comenzaron a aprobar tratados internacionales en la materia, tanto en Naciones Unidas, con los Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales en 1966, además de tratados dedicados a la prohibición de discriminación racial en 1965, a la tortura en 1984 y a la desaparición forzada en 2006, como otros dedicados a la protección de grupos específicos, como mujeres en 1979, niños en 1989, trabajadores migratorios en 1990 y personas con discapacidad en 2006.

De igual modo, en la Organización de Estados Americanos, se creó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969 y el "Protocolo de San Salvador" sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en 1988, además de la protección de ciertos derechos como prohibición de tortura en 1985, desaparición forzada en 1994, discriminación e intolerancia y en contra del racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia en 2013; así como tratados interamericanos destinados a grupos específicos de personas, como el relativo a la violencia contra la mujer en 1994, a personas con discapacidad en 1999 y a personas mayores en 2015.

En materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha aprobado un Protocolo Facultativo que le ha incorporado al Comité DESC la facultad de recibir comunicaciones individuales, un mecanismo "cuasi jurisdiccional"; sin embargo, el nivel de ratificación de este tratado ha sido muy mesurado, siendo Argentina uno de los Estados que ya son parte de él. Esta es una facultad con la que ya cuenta el resto de órganos de tratados.

Un elemento característico del Constitucionalismo, fue el reconocimiento de derechos, a lo que, como destacó Gargarella, en el Constitucionalismo Latinoamericano tuvo presencia el social (1917-1980). México fue pionero en la materia al reconocer en 1917 los derechos a la educación, los derechos laborales y a la seguridad social, a lo que siguieron otras constituciones incorporando este tipo de derechos.

A lo anterior, continuó el periodo de recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El primer reconocimiento tuvo lugar en España, en 1978, con la incorporación en su artículo 10.2 relativo a la interpretación de derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal y tratados internacionales de derechos humanos. En el Constitucionalismo Latinoamericano la primera Constitución fue la de Colombia en 1991, seguida de la reforma Constitucional Argentina de 1994, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009 y la reforma Constitucional de México de 2011. Así como disposiciones de Brasil art.5; Costa Rica art.7; Chile a. 5, El Salvador art. 144; Guatemala art. 46; Honduras art.18; Paraguay art. 141; Perú art. 56; y República Dominicana art.74.

En Argentina la aludida modificación constitucional de 1994, reconoció la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, en su artículo 75.22, refiriendo en específico los tratados de Naciones Unidas antes enunciados, así como la Convención Americana, pero dejando abierta la posibilidad a otros tratados. Esta modificación constitucional generó un importante desarrollo doctrinal de la materia, con influencias en la región, como es el libro de Víctor Abramovich y Christian Courtis (2004), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local,* que a manera de ejemplo en la región fue utilizado en diversos criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México para la implementación de la reforma a la Constitución mexicana de 2011.

De igual forma, es de gran relieve mencionar la sentencia interamericana de 2020 dirigida a Argentina, el Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), en la que se puede ubicar un estudio constitucional importante respecto a los derechos al medio ambiente, a la alimentación, al agua y a una vida cultural en el Constitucionalismo Latinoamericano.

4. Nuevos retos del Constitucionalismo Latinoamericano

Como se planteó en el apartado introductorio, un documento que se consideró para el estudio es la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, apro-

bada en Naciones Unidas en 2015, como sucesora y asumiendo los objetivos de la Declaración del Milenio. La Agenda 2030, que es un compromiso político de los Estados, identifica como prioridades mundiales y/o atender las problemáticas mundiales 17 objetivos.

Se considera que un nuevo reto para el Constitucionalismo Latinoamericano son los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular, bajo el argumento de la estrecha conexión que existe entre lo que el Derecho Internacional ha reconocido como derechos económicos, sociales y ambientales, con una parte considerable de objetivos, de tal suerte se pueden identificar los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la salud, a la educación, al trabajo y al medio ambiente.

Lo anterior, implica reconocerlos como derechos, pero también como objetivos e incluso, como destaca el premio nobel de economía en 1998, Amartya Sen (1999), en su libro *Development as a Freedom*, como capacidades, bajo el argumento de que una educación, empleo y salud, sin el abandono institucional puede generar capacidades para lograr un nivel de vida adecuado. Este autor también dedicó un capítulo de su libro al desarrollo de capacidades de las mujeres. En este sentido, se recuerda también que el Objetivo 5 se dedica a la igualdad de género que ha sido una de las partes objeto del presente estudio.

Ambos temas, género y DESCA, pese a su reconocimiento tanto constitucional como convencional, se han enfrentado a grandes retos. Respecto a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se han enfrentado a la realización de medidas para su cumplimiento, además de cómo lo ha abordado basta doctrina, a su justiciabilidad tanto nacional, como en los espacios internacionales. En este ámbito, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través, principalmente de sus Observaciones Generales, ha hecho un intento por desglosar las obligaciones convencionales respecto de este tipo de derechos. Entre ellas, destaca la Observación General nº 16 relativa a la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de 2005.

Entre la recepción de obligaciones que ha identificado el Comité DESC en sus observaciones y que han sido recibidas en México en su Constitución, en su artículo primero, párrafo tercero, son las obligaciones de respeto, protección y garantía; además de las obligaciones recibidas del desarrollo del Sistema Interamericano, de promoción, prevención, investigación, sanción y reparación.

Se considera que el Constitucionalismo Latinoamericano, a pesar del reconocimiento que ya contempla sobre los derechos humanos y en especial

sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, como lo ha abordado el Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), tiene el gran reto de contribuir al avance de políticas públicas respecto a estos derechos, identificados también como prioridades mundiales, así como retomar la agenda pendiente sobre perspectiva de género.

De esta forma, el Constitucionalismo y el Constitucionalismo Latinoamericano en especial, tienen un papel protagónico en la implementación de los dos temas que nos ocupan, la perspectiva de género, como derecho civil a la igualdad, pero también como detonante de los derechos humanos, en general y de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales, como principal reto.

5. Conclusiones

El Constitucionalismo en América Latina tiene tanto acentos propios en cada país, como puntos en común.

En cuanto a la perspectiva de género, el primer paso se dio en la primera mitad del siglo XX, con el reconocimiento al derecho al voto femenino en la región.

A partir de ese momento se desarrolló también la protección de derechos humanos en tratados internacionales. Un impulso importante que ha dado el Constitucionalismo Latinoamericano fue el reconocimiento de estos tratados como Colombia en 1992, Argentina en 1994, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009 y México a través de una modificación en 2011, entre otros reconocimientos.

En cuanto al tema de género destacan cuatro tratados internacionales en la materia, los primeros de reconocimiento de derechos civiles y políticos a la mujer de 1948; posteriormente la Convención de Naciones Unidas conocida como CEDAW que enfatiza la eliminación de la discriminación de 1979 y la Convención Americana dedicada a la violencia contra la mujer de 1994.

En cuanto a los derechos humanos, si bien deben ser reconocidos en su conjunto, en Naciones Unidas, en la Agenda 2030, parte de sus objetivos se pueden relacionar con los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la salud, a la educación, al trabajo y al medio ambiente. Asimismo, el ODS 5 recuerda la igualdad de género.

Finalmente, se considera que parte de los ODS, considerados como prioridades, nos permiten identificar también posibles puntos de desarrollo para el Constitucionalismo Latinoamericano.

Referencias bibliográficas

Abramovich, V., Bovino, A. y Courtis, C. (Comps.). (2004). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Editores del Puerto.

Benhabib, S. (1994). *Feminist Contentions. A Philosophical Exchange*. Routledge.

Castañeda, M. (2012). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Castañeda, M. (2015). *Introducción al Sistema de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

CECCHINI, Daniel, "El pueblo uruguayo que fue precursor del voto femenino en América Latina y la mujer negra de 90 años que abrió los comicios", junio 2025.

Facio Montejo, A. (1992) *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD.

Gargarella, R. (11–14 de junio de 2015). *Lo "viejo" del "nuevo" constitucionalismo latinoamericano* [Ponencia]. Memorias Encuentro SELA, Río de Janeiro, Brasil. Universidad de Yale.

Sen, A. (1999). *Development as Freedom*. Alfred A. Knopf.

Vega Jiménez, P. (2018). El voto femenino en la prensa centroamericana (1940-1955). *Revista CESLA*, (21), 169–192.

Otras fuentes

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (16 de noviembre de 2009). *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 205). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de febrero de 2020). *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 400).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de marzo de 2021) *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. (Serie C No. 422).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1989). *Recomendación general Nº 12: Violencia contra las mujeres* (8º período de sesiones). Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1992). *Recomendación general Nº 19: Violencia contra las mujeres* (11.º período de sesiones). Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1997). *Recomendación general Nº 23: Artículo 7 (vida política y pública)* (16.º período de sesiones). Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2004). R*ecomendación general N.º 25: Sobre el artículo 4, párrafo 1, de la Convención (medidas especiales temporales)* (30 º período de sesiones). Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2017). *Recomendación general N.º 37: Dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático.* Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations

Desregulación, contratos de medicina prepaga y derecho a la salud: tensiones jurídicas a partir del DNU 70/2023

Camila W. Landeyro
UNLP
Cecilia A. Manrique
UBA

Resumen

Esta ponencia tiene por finalidad analizar las consecuencias jurídicas que devinieron tras el dictado del DNU 70/2023 al eliminar la facultad estatal de control y autorización de los aumentos de cuotas en los contratos de medicina prepaga. Tras su entrada en vigencia, durante el primer cuatrimestre del 2024, los aumentos alcanzaron un 154%.

Se analiza en primer lugar las características y naturaleza jurídica de los contratos de medicina prepaga, haciendo énfasis en la situación de desigualdad que existe entre las empresas prestadoras y las personas usuarias, como también en las situaciones de cláusulas abusivas que afectan derechos fundamentales como la vida y la salud.

Como consecuencia de esta situación, se activaron diferentes mecanismos legales para proteger los derechos de miles de consumidores frente a los aumentos aplicados. Por eso en segundo lugar, se parte de analizar las acciones judiciales y administrativas que surgieron. Los casos "Wilson", "Brauchli" y "Morsentti" constituyen antecedentes relevantes para comprender la respuesta judicial frente a la desregulación, destacándose decisiones que ordenaron retrotraer los incrementos al índice de precios al consumidor (IPC) y restituir los montos percibidos en exceso. Paralelamente, en el ámbito administrativo, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia detectó indicios de conductas coordinadas entre las principales empresas del sector, configurando una posible cartelización, y dispuso medidas preventivas destinadas a limitar sus efectos.

Se concluye que la desregulación implementada por el DNU 70/2023 profundizó las desigualdades en el acceso a la salud y trasladó a los tribunales una función de tutela que anteriormente era ejercida por el Estado a través de mecanismos de control administrativo. El caso analizado, expone los riesgos que supone retirar la intervención estatal en mercados de tendencia oligopólica y vinculados con servicios esenciales para la población que comprometen derechos fundamentales como la salud y la vida.

1. Introducción

El acceso a la salud constituye uno de los desafíos centrales de los sistemas jurídicos y políticos contemporáneos. La literatura especializada advierte que diversos factores tensionan hoy la sostenibilidad de la cobertura sanitaria: el incremento sostenido de los costos médicos -impulsado por la innovación tecnológica y la creciente mercantilización de la atención- junto con el envejecimiento poblacional, el aumento del gasto en seguridad social y la precarización del empleo, que reduce los aportes contributivos. Este escenario tensiona la viabilidad financiera de los prestadores de salud y la garantía de miles de usuarios del sistema que requieren atención médica (Hanson et al., 2008; Biehl et al., 2016).

Esta situación ocurre en diferentes Estados y es acompañada por el avance de la judicialización como mecanismo que se emplea para dirimir disputas en torno al derecho a la salud ya sea para acceder a tratamientos, medicamentos o frenar aumentos en costos de planes de salud (Socal et al., 2020).

En Argentina, estas dinámicas globales se combinan con un proceso histórico de reformas que fragmentaron al sistema de salud en tres subsistemas poco integrados entre sí: el público, el de seguridad social y el privado (Acuña y Chudnovsky, 2002; Belló y Becerril-Montekio, 2011; Maceira, 2018). A partir de las décadas de 1970 y 1990, distintos gobiernos impulsaron políticas de privatización y desregulación que redujeron la presencia estatal y transfirieron al mercado competencias regulatorias que antes eran propias del poder público (Azpiazu, 1999; Echeverri, 2008; (Ghersi y Weingarten, 2012). Como resultado, el sistema presenta una superposición de coberturas, incompatibilidades con otros sistemas -como el de seguridad social- dependencia del sector privado, donde las empresas de medicina prepaga (EMP) se han constituido en actores centrales.

En este marco, el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 introdujo un cambio significativo al eliminar la facultad estatal de autorizar los

aumentos de cuotas de las EMP. El decreto derogó los artículos 5 inciso g) y 17 de la Ley 26.682, lo que permitió a las empresas fijar aumentos de manera unilateral y discrecional. A partir de enero de 2024, los usuarios se enfrentaron a subas del 40 al 45 % en un solo mes, con un incremento acumulado de alrededor del 154 % en el primer cuatrimestre del año (Errepar, 2024). Estos porcentajes contrastan con los incrementos autorizados por la Superintendencia de Servicios de Salud durante 2023, que se ubicaban en un rango mensual del 4 al 7 %.

La pregunta que orienta este trabajo es: ¿cuáles han sido los efectos jurídicos y sociales del DNU 70/2023 en relación con el derecho a la salud y los contratos de medicina prepaga en Argentina? Para responder, se recurrirá a fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias: leyes nacionales como la Ley 26.682 y la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor; normativa internacional, decretos y resoluciones administrativas; fallos judiciales de primera instancia, cámaras federales y la Corte Suprema; además de literatura académica sobre salud, regulación y judicialización.

2. El derecho a la salud en Argentina

En el ordenamiento jurídico argentino, el derecho a la salud cuenta con un amplio reconocimiento. La Constitución Nacional, en los artículos 14, 14 bis, 18, 19 y 33 integran el derecho a la salud dentro del derecho a la vida y a la preservación de la integridad personal, que la Corte Suprema en el caso Campodónico[45] ha considerado el primer derecho protegido por la Constitución (Gregorini Clusellas, 2013).

A ello se suma el artículo 42, que reconoce expresamente el derecho de los usuarios y consumidores a la *protección de su salud* en el marco de las relaciones de consumo, reforzando la tutela cuando la salud se vincula con contratos de servicios médicos.

Finalmente, el artículo 75 inciso 22 otorga jerarquía constitucional a tratados internacionales[46] que consagran el derecho a la salud de manera explícita

[45] "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho". Corte Suprema de Justicia de la Nación. 24/10/2000.

[46] Entre ellos se destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 12 y 2.1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 27) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 25 y 26).

en diferentes artículos. Además, la cláusula de progresividad implica que los Estados deben tomar acciones positivas para garantizar el acceso al derecho.

En el caso *Campodónico de Beviacqua* (2000), la Corte Suprema afirmó que el Estado Nacional es garante del sistema de salud y, como tal, debe asegurar una cobertura asistencial para toda la población sin discriminación social, económica, cultural o geográfica, conforme al artículo 1° de la Ley 23.661. Esta obligación implica intervenir cuando la capacidad de previsión de los individuos, familias o comunidades resulta insuficiente y cuando los demás actores del sistema -obras sociales, provincias o prestadores privados- no cumplen adecuadamente sus funciones. El Tribunal fue categórico al señalar que el Estado debe garantizar la continuidad de las prestaciones, adoptar medidas inmediatas ante situaciones urgentes y coordinar la organización del servicio sanitario, evitando que razones presupuestarias o administrativas frustren el acceso a tratamientos esenciales.

Asimismo, la Corte también señaló que el Estado Nacional conserva una obligación indelegable de garantizar la efectividad del derecho a la salud, interviniendo de manera subsidiaria cuando sea necesario para evitar riesgos graves o interrupciones en la atención.

Esto resulta fundamental, ya que los sistemas de salud tienden a la fragmentación y la intervención de diferentes actores con funciones y recursos muy diferentes. En tal escenario, la intervención del Estado Nacional resulta esencial para articular el funcionamiento de los diferentes sistemas, reducir las inequidades estructurales y garantizar que el derecho a la salud se haga efectivo de manera uniforme en todo el país.

Como se ha hecho mención, la estructura del sistema sanitario argentino está fragmentado en tres subsistemas como se puede observar en la siguiente tabla.

Tabla 1. Estructura del sistema sanitario argentino

Categoría	Descripción	Ejemplos
Obra social estatal	Cobertura para empleados públicos provinciales y nacionales; incluye jubilados.	IOMA (PBA), PAMI, Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal

Obra social sindical	Administradas por sindicatos; financiamiento mediante aportes obligatorios. Algunas aceptan monotributistas	OSECAC, Unión Personal, OSPRERA
Sistema Privado – Empresas de Medicina Prepaga	Planes voluntarios con cuota mensual; redes propias de prestadores.	OSDE, Swiss Medical, Galeno, Hospital Italiano

Fuente: Elaboración propia.

3. Los contratos de medicina prepaga

Lorenzetti (2009) define a los contratos de medicina prepaga como aquellos mediante los cuales una de las partes -la empresa- se compromete a brindar servicios médicos, por sí o por terceros, a favor de los beneficiarios cuando se presenta una situación que requiere atención sanitaria, a cambio del pago anticipado y periódico de una cuota.

La doctrina lo tipifica como un contrato bilateral, consensual, oneroso, aleatorio y nominado (Gregorini Clusellas, 2013; Lorenzetti, 2009; Ritto, 2016). Estas notas permiten advertir la fuerte asimetría existente entre las EMP y los usuarios: las cláusulas son predispuestas unilateralmente, los pagos anticipados generan compromisos extendidos en el tiempo y la prestación contratada constituye un servicio esencial, vinculado directamente con el derecho a la vida y a la salud.

Sin embargo, sus rasgos más relevantes son los que lo definen como contrato de adhesión, de larga duración y de consumo, ya que estos caracteres explican la asimetría entre las partes, la necesidad de control estatal y la aplicación del régimen protectorio del usuario (Gregorini Clusellas, 2013).

- Adhesión: Según el art. 984 del CCyCN los contratos de adhesión son aquellos en los que "uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte o por un tercero, sin haber participado en su redacción". En este tipo de contratos, las cláusulas son establecidas unilateralmente por la empresa, de modo que la persona-usuaria sólo puede aceptarlas o rechazarlas en su totalidad, no pudiendo negociarlas.

- Larga duración: Según el artículo 1011 del CCyCN, los contratos de larga duración son aquellos en los que el tiempo es un elemento esencial para cumplir el objeto y satisfacer las necesidades de las partes.

En el caso puntual de los contratos de medicina prepaga, la duración adquiere especial importancia porque los afiliados realizan pagos anticipados para asegurar su cobertura futura. Desde el punto de vista económico, este tipo de contratos se sostiene por el aporte periódico de cuotas, que funciona como un ahorro forzoso: al inicio, las empresas obtienen mayor rentabilidad por el bajo uso del servicio; con el paso del tiempo, el envejecimiento incrementa la demanda de prestaciones (Ghersi, 1999).

- Consumo: Al celebrarse este tipo de contratos con el fin de brindar prestaciones/servicios, el vínculo que une al usuario con la prestadora de salud, es de consumo (art. 3 Ley 24.240). Por lo que se aplican sus normas de orden público, incluso cuando el servicio lo brinden entidades sin fines de lucro. Esto implica, principalmente, el control de cláusulas abusivas (art. 37) y el deber de información (art. 4) (Shina, 2024). Respecto de esto último, el deber de información incluye que la obligación de las empresas de suministrar a los consumidores información "cierta, clara y detallada" sobre las características de los servicios y las condiciones de su comercialización. Esto incluye: información sobre los costos del servicio y aumentos de manera gratuita y en un formato accesible para el consumidor.

4. Principales modificaciones del DNU 70/2023 y los litigios como respuesta

A finales de diciembre del año 2023, se dictó el DNU 70/2023. Este introdujo importantes cambios en diferentes materias, entre ellas la desregulación de los aumentos de cuotas por parte de las empresas de medicina prepaga, lo que dio origen a múltiples acciones legales, tanto en el plano judicial como administrativo. A través de los artículos 267 y 269 modificó aspectos importantes de la Ley N° 26.682, puntualmente se derogó el artículo 5°, inciso g, y parcialmente el artículo 17, párrafos 1° y 2° de la Ley 26.682. Estas modificaciones implicaron la eliminación de la facultad del Estado para autorizar las cuotas y establecer precios diferenciados según las franjas etarias

para los planes prestacionales. Como consecuencia, se mantuvo únicamente la restricción que establece una variación máxima de tres (3) veces entre la primera y la última franja etaria, así como el requisito de notificar los aumentos con 30 días de anticipación y la obligación de aplicar el mismo porcentaje de aumento a todos los usuarios.

Los argumentos que empleó el DNU 70/2023 para justificar la eliminación de estos controles fueron principalmente a la crisis económica-inflacionaria existente en el país y la difícil situación para sostener el sistema de salud debido al aumento de los costos.

Antes del DNU 70/2023, el Estado, a través de la Superintendencia de Servicios de Salud, regulaba los aumentos de estas empresas en función del incremento de sus costos operativos. Este mecanismo buscaba equilibrar la relación entre las partes: si bien las prepagas podían establecer libremente el valor inicial de la cuota y su margen de ganancia, cualquier ajuste posterior debía estar vinculado a la variación de su estructura de costos. De este modo, se garantizaba la sostenibilidad económica del sistema al no imponer aumentos excesivos a los usuarios.

A partir de enero de 2024, con la entrada en vigencia del DNU 70/2023, las empresas de medicina prepaga comenzaron a aplicar aumentos significativos en las cuotas de sus afiliados, con subas del 40% al 45% solo en el primer mes del año. Para abril, el incremento acumulado había sido del 154% (Errepar, 2024). Esta cifra contrasta notablemente con los ajustes regulados por la Superintendencia de Servicios de Salud durante 2023, que oscilaba entre el 4% al 7% mensual.

4.1. Litigios judiciales y actuaciones administrativas en torno al DNU 70/2023

Los aumentos en las cuotas de los planes de obras sociales y de empresas de medicina prepaga dieron lugar a numerosos reclamos. Algunos transitaron la vía administrativa y otras la judicial, donde se empleó mayormente la vía procesal del amparo. En general, las demandas impugnaron la constitucionalidad de los artículos 265 y 267 del DNU 70/2023, por considerar que los aumentos que se aplicaron resultaron irrazonables, configuran prácticas abusivas, afectando el derecho a la salud y los derechos de los usuarios y consumidores.

Entre los principales procesos colectivos iniciados a partir del dictado del DNU 70/2023 se destacan los casos *Wilson*, *Brauchli* y *Morsentti*, que deli-

nearon los ejes centrales del debate judicial posterior. En *Wilson*[47], se solicitó la inconstitucionalidad del DNU 70/2023, se reconoció el carácter colectivo de la acción en atención a que se plantea a la salud como bien público, aunque se rechazó el control judicial de la razonabilidad de los aumentos. Finalmente el expediente quedó radicado en la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la espera de resolver una cuestión de competencia.

En *Brauchli*[48], si bien se admitió inicialmente el trámite colectivo y se dictó una medida cautelar para frenar los aumentos, esta alcanzó a un número importante de afiliados que fueron adhiriéndose al proceso, pero luego la Cámara Federal de San Martín restringió su alcance a la parte actora y fijó como parámetro de actualización el IPC.

Finalmente, en *Morsentti*[49] la justicia federal declaró la inconstitucionalidad de los artículos 267 y 269 del DNU 70/2023, ordenando la revisión de los aumentos y la restitución de las sumas percibidas en exceso. Paralelamente, se promovieron numerosos amparos individuales en distintas jurisdicciones federales en los que se cuestionó la razonabilidad de los incrementos aplicados. En la mayoría de los casos, se dictaron medidas cautelares que ordenaron readecuar los valores de las cuotas, tomando como parámetro el índice de precios al consumidor (IPC), y disponer la devolución o compensación de los importes cobrados en exceso, consolidando así una línea jurisprudencial orientada a resguardar el acceso efectivo a la cobertura médica frente a aumentos irrazonables o desproporcionados.[50]

En el ámbito administrativo, el debate se trasladó a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), a partir de denuncias formuladas por legisladores nacionales que señalaron la posible existencia de aumentos coordinados entre empresas de medicina prepaga tras la desregulación introducida por el DNU. Las presentaciones se fundaron en la presunta violación

[47] "Wilson, Eduardo Santiago c/ Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo", Expte. 19506/2023/CSI.

[48] "Brauchli Marta Cristina y otro c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/ amparo". Expte. 94/2024. Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Cont. Administrativo de San Martin.

[49] "Morsentti, Fernando Ismael c/ OSDE s/ Amparo Colectivo". Expte. 1461/2024. Cámara Federal de Paraná.

[50] Cainelli, Elsa Angélica c. OMINT S.A. de Servicios s/ Amparo sumarísimo valor cuota EMP–DNU 70/23 (Causa N° 4145/2024). (2025). Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II; Ramírez, Carlos Eduardo c. Obra Social YPF y otro s/ Amparo ley 16.986 (Causa N.º 2570/2024). (2024). Sala III de la Cámara Federal de La Plata; Decara, Guillermo Antonio c. OSYPF y otro -OSDE- s/ Amparo ley 16.986 (Causa N° 3112/2024). (2024). Cámara Federal de La Plata, Sala II; Abadie, Luis Eduardo c. Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas s/ Amparo ley 16.986 (Causa N° 451/2024). (2025). Cámara Federal de Resistencia. Entre otros.

del art. 2, inciso a), de la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia, que prohíbe acuerdos destinados a fijar precios directa o indirectamente, es decir prácticas de cartelización.

Como resultado de la investigación preliminar, la CNDC concluyó en abril de 2024 que existían indicios de conductas coordinadas entre empresas con significativa participación en el mercado, lo que motivó la adopción de medidas preventivas que ordenaron retrotraer los valores de las cuotas a diciembre de 2023 y establecer su actualización conforme al IPC, medidas posteriormente instrumentadas mediante la Resolución N.º 1/2024 de la Secretaría de Industria y Comercio (Palabras del Derecho, 2024).

Con posterioridad, en diciembre de 2024, la CNDC dispuso la imputación formal de diversas empresas del sector y de la Unión Argentina de Salud por presunta cartelización, investigación que continúa en trámite y se centra en la eventual coordinación de aumentos entre diciembre de 2023 y abril de 2024.

En paralelo, la Superintendencia de Servicios de Salud[51] promovió una acción de amparo contra diversas empresas de medicina prepaga con el objeto de revertir incrementos superiores a la evolución inflacionaria. El juzgado interviniente dictó una medida cautelar ordenando la retroacción de los aumentos aplicados por encima del IPC y la devolución de los montos percibidos en exceso. Posteriormente, en mayo de 2024, el Estado nacional y las empresas alcanzaron un acuerdo homologado judicialmente que contempló la restitución de sumas indebidamente percibidas, la reincorporación de afiliados dados de baja por falta de pago y la posibilidad de futuros ajustes bajo supervisión estatal (Palabras del Derecho, 2024)[52]. No obstante, dicho acuerdo no logró unificar la totalidad de los procesos individuales en trámite, en parte debido a las exigencias propias del derecho del consumidor en materia de homologación de acuerdos colectivos.

5. Conclusión

Este trabajo tuvo por finalidad -en primer lugar- mostrar que el derecho a la salud en Argentina tiene reconocimiento constitucional y que el Estado conserva una obligación indelegable de garantizar su efectividad, tal

[51] Superintendencia de Servicios de Salud c. OSDE y otros s/ Amparo (Causa 9610/2024). (2024). Juzgado Civil y Comercial Federal N.º 3

[52] https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo/5150/Prepagas-la-Justicia-homologo-el-acuerdo-entre-el-gobierno-y-las-empresas#:~:text=Asimismo%2C%20se%20acord%C3%B3%20que%20a,consecuencia%20del%20DNU%2070/2023.

como lo afirmó la Corte Suprema en *Campodónico*. En segundo lugar, se explicó que los contratos de medicina prepaga tienen caracteres particulares como de adhesión, de larga duración y de consumo, lo que justifica un control estatal y judicial más intenso por la desigualdad de poder entre las partes que lo celebran.

En tercer lugar, se analizó cómo el DNU 70/2023 eliminó el control previo sobre los aumentos de cuotas y permitió subas unilaterales que impactaron directamente en el acceso a la salud, especialmente de los sectores más vulnerables. Finalmente, el examen de los litigios judiciales y de las actuaciones administrativas mostró que la judicialización funcionó como un límite frente a la desregulación.

En síntesis, la experiencia demuestra que cuando el Estado se retira del control de un servicio esencial, las desigualdades se profundizan y los tribunales se convierten en el último resguardo del derecho a la salud.

Referencias bibliográficas

Acuña, C. H., y Chudnovsky, M. (2002). *El sistema de salud en Argentina*. Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional.

Azpiazu, D. (1999). *Privatizaciones y poder económico en la Argentina*. Flacso.

Belló, M., y Becerril-Montekio, V. (2011). El sistema de salud de Argentina. *Salud Pública de México, 53*(suppl 2), s96–s108.

Biehl, J., Amon, J., y Socal, M. (2016). Between the court and the clinic: Lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health and Human Rights Journal, 18*(1), 233–245.

Cabrera, O. y Ayala, A. (2013). Litigio estratégico en salud en América Latina: avances y desafíos. *Revista de Derecho Público, 29*(1), 45–66.

Echeverri, O. (2008). *La salud en las reformas de los sistemas de seguridad social en América Latina*. Universidad Nacional de Colombia.

Errepar. (2024). *Actualización de cuotas de medicina prepaga. Informe Especial*. Editorial Errepar.

Ghersi, C. y Weingarten, C. (2012). *Tratado de regulación de la empresa de medicina prepaga* .La Ley .

Ghersi, C. (1999). *Contratos: teoría general y especiales*. La Ley.

Gregorini Clusellas, E. (2013). *Medicina prepaga: el Contrato y las Prestaciones de Salud.* Abeledo Perrot.

Gloppen, S. (2008). Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health. *Health and Human Rights Journal, 10*(2), 21–36.

Hanson, K., Atuyambe, L., y Mills, A. (2008). Health system financing and the path to universal coverage. *World Health Organization Discussion Paper Series*. WHO.

Lorenzetti, R. (2009). *Tratado de los contratos*. Rubinzal Culzoni.

Maceira, D. (2018). *El sistema de salud argentino: diagnóstico y propuestas de reforma* (Documento de Trabajo Nº 125/2018). Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES)

Neff, R. (2009). Strategic health litigation in Latin America. *Health and Human Rights, 11*(2), 34–48.

Ritto, A. (2016). Contratos de medicina prepaga y derecho de consumo. *Revista de Derecho Privado*, 4(2), 65–87.

Socal, M., Amon, J., y Biehl, J. (2020). Judicialization of health and the quest for state accountability. *Journal of Law, Medicine y Ethics, 48*(2), 215–225.

Garantismo y control disciplinario: Una revisión constitucional sobre la regla de la irrecurribilidad de actos en el procedimiento de los Colegios Profesionales de Abogados

Francisco Mariano Sabalúa
UNICEN
Lisandro Omar Emanuel Erreguerena
UNR

Resumen

La presente ponencia analiza la compatibilidad constitucional y convencional de la regla de irrecurribilidad prevista en el artículo 71 del Reglamento del Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Desde una perspectiva garantista, se sostiene que dicha disposición resulta incompatible con las exigencias derivadas del debido proceso, la tutela administrativa efectiva y el derecho de defensa cuando impide la revisión de actos que producen efectos sustanciales sobre los derechos de los abogados sometidos a proceso disciplinario.

El trabajo parte de la premisa de que la potestad disciplinaria ejercida por los colegios profesionales constituye una manifestación del ius puniendi estatal y, por ello, debe sujetarse a las garantías reconocidas por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir del análisis de doctrina especializada, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de tribunales provinciales, se examina el alcance del control de convencionalidad en el ámbito de los procedimientos disciplinarios.

En particular, se identifican diversos actos que, aunque formalmente puedan considerarse de trámite, generan consecuencias relevantes sobre los derechos de los matriculados y, por ello, deben ser susceptibles de impugnación. Entre ellos se destacan el auto de imputación, las resoluciones sobre prueba, las notificaciones defectuosas, las medidas precautorias que afectan el ejercicio profesional, las decisiones sobre recusaciones y la sanción de apercibimiento.

Finalmente, se propone una reforma del Reglamento de Procedimiento Disciplinario del COLPROBA orientada a garantizar la recurribilidad de todos los actos que afecten derechos subjetivos, incorporando mecanismos eficaces de revisión y subsanación. Se concluye que una adecuada articulación entre eficacia administrativa y tutela efectiva de los derechos fundamentales fortalece la legitimidad institucional de la función disciplinaria y asegura su conformidad con los estándares constitucionales y convencionales vigentes.

1. Introducción

En el presente trabajo analizaremos los límites jurídicos que emergen de la garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en relación con el procedimiento disciplinario desarrollado ante los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. En particular, sostendremos que el artículo 71 del reglamento disciplinario del COLPROBA —al declarar en general la irrecurribilidad de las resoluciones del Tribunal, salvo casos expresamente previstos— resulta contrario a los estándares convencionales e internos cuando deja fuera de impugnabilidad actos con efectos sustanciales sobre derechos del imputado.

La ponencia aborda la problemática de la impugnabilidad de los actos administrativos en el procedimiento disciplinario de los abogados matriculados en la Provincia de Buenos Aires. Partimos de una premisa fundamental: en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, todo procedimiento administrativo debe estructurarse bajo los principios de legalidad, debido proceso y tutela administrativa efectiva.

En este sentido, Dromi (2004) señala que el procedimiento recursivo ante la Administración tiene por finalidad la protección y defensa de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos frente a la propia Administración. A través de la impugnación se procura restablecer la legalidad cuando ésta ha sido vulnerada, conjugando dicha función con la tutela de situaciones jurídicas subjetivas particulares. En consecuencia, la impugnación administrativa armoniza el interés público con los derechos de los particulares. Como regla general, la interposición de la impugnación administrativa constituye un requisito previo para acceder a la vía judicial. El recurso, en tanto medio específico de control de los actos administrativos, permite revisar su legitimidad, legalidad y, en ciertos supuestos, su oportunidad, con el objeto de restaurar derechos subjetivos o intereses legítimos lesionados (Dromi,

2004). No obstante, no todos los actos administrativos resultan recurribles: son impugnables los actos definitivos, mientras que los actos de mero trámite no lo son, salvo que impidan la prosecución del procedimiento o lesionen derechos subjetivos, generando un estado de indefensión.

Esta doctrina nos permite replantear el alcance actual del Reglamento Interno del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, cuya rigidez en cuanto a la irrecurribilidad de ciertas decisiones intermedias vulnera el principio de la tutela administrativa efectiva.

A la luz de los principios anteriores, debemos identificar ciertos actos procesales que, si bien podrían ser considerados formales, en realidad producen efectos sustanciales sobre los derechos del imputado, y cuya irrecurribilidad actual vulnera los estándares del debido proceso. Entre ellos destacamos: el auto de imputación, la denegación de pruebas relevantes, la imposición de medidas precautorias como la suspensión provisoria de la matrícula, las resoluciones sobre recusaciones, las notificaciones nulas o defectuosas y también las sanciones de apercibimiento, que actualmente no son apelables pese a afectar la reputación profesional del abogado.

Todas estas decisiones en la medida que pueden afectar derechos subjetivos, deben estar sujetas a mecanismos de impugnación administrativa eficaces, tales como la reconsideración inmediata, el recurso jerárquico o la apelación ante el Tribunal pleno. Esta garantía de revisión interna permite al Colegio no sólo autocontrolar su legalidad, sino también salvaguardar los principios de imparcialidad, defensa y equidad.

El control de convencionalidad, doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, refuerza esta obligación. Todos los órganos del Estado —y también los entes públicos no estatales, como los colegios de abogados, en cuanto ejercen funciones administrativas o materialmente jurisdiccionales por delegación legal— deben adecuar su actuación a los estándares del sistema interamericano. Esto implica garantizar una tutela administrativa efectiva, la cual no se satisface si se priva al imputado de mecanismos de defensa idóneos.

La tensión entre el principio de eficacia del procedimiento administrativo y los derechos fundamentales del imputado debe resolverse a favor del valor "humanidad", entendida como la dignidad de la persona humana, la defensa en juicio y la condición del administrado como sujeto de derechos. El interés público no puede prevalecer como excusa para instaurar procedimientos opacos, expeditivos pero injustos.

2. El procedimiento disciplinario como manifestación del ius puniendi y su sujeción al debido proceso

El poder sancionador que ejerce el Colegio de Abogados en el ámbito disciplinario constituye una manifestación del *ius puniendi*- o poder de castigar- de igual modo que el poder coactivo penal, pues ambas potestades pueden restringir derechos individuales (Gutiérrez Colantuono & Justo, 2010).

No obstante, las garantías procesales que en otro tiempo se consideraban exclusivas del ámbito penal se han universalizado y resultan hoy aplicables a toda actuación estatal susceptible de afectar derechos subjetivos o intereses legítimos (Ivanega, 2010). En efecto, los tratados internacionales de derechos humanos —dotados de jerarquía constitucional o incluso supranacional— imponen un contenido jurídico mínimo que debe irradiar y condicionar toda manifestación del poder estatal, con prescindencia de su naturaleza formal o del ámbito material en que se proyecte (Ivanega, 2010).

La Corte Interamericana ha señalado que "las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" (Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, 2001, párr. 124). Así, la distinción entre lo penal y lo administrativo no debe servir para evadir las obligaciones derivadas del art. 8º de la CADH en lo que refiere a la garantía del debido proceso que debe cumplimentarse tanto en el proceso como el procedimiento administrativo, incluyendo los procedimientos disciplinarios ante los colegios de abogados.

3. Aplicación del debido proceso en sede administrativa

El principio del debido proceso en el ámbito administrativo tiene su fundamento en el derecho de defensa, constituyendo así una garantía inherente a la dignidad de la persona humana, lo que evidencia su raíz de carácter natural. En este sentido, Cassagne lo concibe como una proyección de las garantías consagradas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), destacando su aplicabilidad en el procedimiento administrativo (Cassagne, 2009, p. 100). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, sostuvo que, pese a la literalidad del artículo 8.1, este precepto, junto con los demás numerales del artículo 8 de la Convención, resulta aplicable a procedimientos de cualquier índole, y no exclusivamente a aquellos tramitados ante una autoridad judicial.

Esta interpretación ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en decisiones posteriores, como Tribunal Constitucional vs. Perú (31 de enero de 2001), y extendida de manera expresa a procedimientos de naturaleza inequívocamente administrativa, como en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2 de febrero de 2001). Dicha doctrina ha sido posteriormente confirmada en una línea jurisprudencial constante, entre otros, en los casos Ivcher Bronstein vs. Perú, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay y Claude Reyes y otros vs. Chile. Este desarrollo jurisprudencial ha consolidado la exigencia del debido proceso administrativo como un componente esencial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

4. Actos procesales gravemente lesivos y su necesaria impugnabilidad

Si bien ante el actuar de los Colegios de Abogados no estamos en presencia de obrar estatal —pues se trata de entes públicos no estatales que ejercen, por delegación, una función administrativa y un cometido público como es el control de la matrícula—, no cabe duda de que, al hallarse en el ejercicio de función administrativa y, en determinados supuestos, de función jurisdiccional administrativa, deben sujetarse plenamente a lo establecido por la Constitución Nacional (art. 18) y por los tratados internacionales de derechos humanos, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8), en cuanto consagran las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

La función de los Tribunales de Disciplina de los Colegios de Abogados constituye una jurisdicción administrativa disciplinaria, delegada por el Estado provincial a favor de organismos cuasi estatales. Estas entidades cumplen funciones públicas reguladas parcialmente por el derecho público, pero no integran el aparato estatal: son personas jurídicas de derecho público no estatales (Muñoz, Malamud & Malamud, 2014). La ley 5.177 instituyó los Colegios Departamentales de Abogados y creó un organismo superior, el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Por tanto, aunque sus decisiones tienen forma cuasi jurisdiccional, integran el obrar de la Administración pública en sentido amplio y deben adecuarse a los estándares convencionales del sistema interamericano.

El control de convencionalidad —doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y receptada por la Corte Suprema

de Justicia de la Nación— refuerza esta obligación, al exigir que todos los órganos del Estado y los entes públicos no estatales que ejercen funciones administrativas o materialmente jurisdiccionales garanticen una tutela administrativa efectiva, la cual se ve afectada si se priva al imputado de mecanismos de defensa idóneos.

A la luz de los principios anteriores, debemos identificar ciertos actos procesales que, si bien podrían ser considerados formales, en realidad producen efectos sustanciales sobre los derechos del imputado, y cuya irrecurribilidad actual vulnera los estándares del debido proceso.

El auto de imputación: Constituye la resolución mediante la cual se abre formalmente la causa disciplinaria. No puede considerarse un mero acto preparatorio, sino un acto administrativo con efectos concretos sobre el derecho de defensa, la reputación y el ejercicio profesional. Por ende, debe contar con motivación suficiente, notificación adecuada y ser pasible de impugnación.

Notificaciones defectuosas o nulas: Una notificación que no respeta las exigencias legales (p. ej., falta de claridad en la imputación, omisión de datos esenciales, no entrega de copias) puede dejar al imputado en estado de indefensión. Este vicio debería poder ser reparado mediante un mecanismo de reconsideración, y eventualmente mediante un recurso jerárquico.

Recepción o denegación de prueba: El rechazo de prueba relevante, especialmente si ocurre de modo infundado, arbitrario o por delegación mal ejercida, puede cercenar el derecho de defensa. Si bien el art. 68 del reglamento prevé una apelación ante el Tribunal pleno en el acto de la audiencia, ello no sustituye la necesidad de prever también una posibilidad de reposición inmediata por escrito, especialmente si la decisión lesiva ocurre fuera de audiencia o por omisión.

Resoluciones con omisión de fundamentos o vicios sustanciales: Cualquier acto que carezca de motivación suficiente, omita valorar prueba relevante, o demuestre parcialidad manifiesta debe ser recurrible. La irrecurribilidad de estos actos pone en riesgo la validez del proceso completo.

Medidas precautorias con impacto profesional: Existe la posibilidad que se impongan la suspensión provisoria del ejercicio profesional o restricciones funcionales. Tales medidas, por afectar directamente la esfera de derechos del imputado, deben estar sujetas a recurso y control judicial.

Resoluciones sobre recusaciones: Las decisiones que rechazan o aceptan recusaciones afectan la garantía de imparcialidad del tribunal y deberían poder apelarse.

La sanción de apercibimiento: A pesar de ser considerada una sanción menor, el apercibimiento implica una afectación concreta a la esfera jurídica del abogado imputado, particularmente en lo que hace a su honor, reputación profesional y antecedentes disciplinarios. Su imposición puede tener repercusiones ulteriores, como en futuros procesos disciplinarios donde se valore la reincidencia. En consecuencia, no puede sostenerse que carezca de entidad suficiente para ser objeto de impugnación. La ausencia de un recurso adecuado frente a esta sanción vulnera el principio de tutela administrativa efectiva y el derecho a una defensa plena, por lo que debe preverse su impugnabilidad conforme los estándares del debido proceso.

5. La exigencia de recursos efectivos en el procedimiento administrativo

Según lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"(…) no es suficiente que dichos recursos existan formalmente sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos contemplados en la Convención (…)" (Corte IDH, 2000, párr. 191).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que:

"(…) la Corte recuerda su jurisprudencia en el sentido de que la existencia de recursos judiciales, por sí sola, no colma la obligación convencional del Estado, sino que, en los hechos, deben ser instrumentos idóneos y efectivos, y además deben dar respuesta oportuna y exhaustiva de acuerdo a su finalidad, esto es, determinar las responsabilidades y reparar a las víctimas en su caso (…)" (Corte IDH, 2017, párr. 235).

6. El principio de impugnabilidad y la necesidad de subsanación

La regla del "doble conforme" sostiene que todo acto lesivo debe ser revisable, y que es inconstitucional toda norma que impida de cualquier modo la revisión de lo decidido (Gutiérrez Colantuono & Justo, 2010, p. 192). No basta con que existan recursos formales; estos deben ser eficaces y permitir una revisión real.

En el procedimiento administrativo general, los actos lesivos suelen ser revisables mediante recursos de reconsideración (ante el mismo órgano) o jerárquico (ante la autoridad superior). Este esquema permite, además, subsanar errores durante el trámite del procedimiento, sin esperar a la resolución final.

La ausencia de tales mecanismos en el procedimiento disciplinario del COLPROBA —por la cláusula general de irrecurribilidad del art. 71— impide que los vicios se corrijan oportunamente, prolonga la indefensión del imputado, y consolida decisiones arbitrarias.

7. Control de convencionalidad y su operatividad en el ámbito administrativo

En el marco del Estado constitucional y convencional de derecho, la administración pública —y particularmente la que ejerce funciones disciplinarias como los Colegios de Abogados— se encuentra hoy compelida a operar bajo parámetros de control de convencionalidad, tanto en el dictado como en la aplicación de normas, con especial énfasis en el respeto y protección de los derechos fundamentales. Esta exigencia, expresamente reconocida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y recepcionada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ha producido un efecto expansivo sobre todo el derecho administrativo, y en particular sobre el derecho administrativo sancionador.

En la jurisprudencia interamericana, la Corte IDH ha establecido que todos los operadores jurídicos —incluidos jueces y autoridades administrativas— están obligados a interpretar y aplicar el derecho interno de manera conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siguiendo la interpretación que de ella ha hecho la propia Corte. Esta doctrina, conocida como control de convencionalidad, fue delineada en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (Corte IDH, 2006, párr. 128) y desarrollada con mayor precisión en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (Corte IDH, 2006). Esta doctrina determina que cualquier decisión administrativa que afecte derechos fundamentales, incluso en el marco de procedimientos disciplinarios, debe respetar no solo la legalidad nacional, sino también los estándares supranacionales de protección de derechos humanos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que la garantía del recurso efectivo prevista en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos forma parte del bloque de constitucionalidad federal argentino. En el caso *Giroldi* (CSJN, 1995), si bien enmarcado en materia

penal, la doctrina allí establecida ha sido proyectada a los procedimientos administrativos sancionatorios, al sostener que todo acto que afecte derechos debe poder ser revisado mediante un recurso eficaz.

En el antecedente *Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la imposición de una limitación ilegítima a los recursos administrativos vulneraba el artículo 18 de la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, al restringir de forma arbitraria la posibilidad de impugnar actos administrativos ante las autoridades competentes o ante los tribunales (CSJN, 2004). Esta decisión consagró la exigencia de garantizar vías de impugnación efectivas frente a actos administrativos que afectan derechos subjetivos o intereses legítimos, reafirmando que el acceso a la justicia y a procedimientos adecuados constituye una garantía inderogable.

En el antecedente *Mazzeo*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó la obligación del Poder Judicial de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el objeto de garantizar que la aplicación del derecho doméstico no contraríe los compromisos internacionales asumidos por el Estado (CSJN, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, 2007). Esta orientación doctrinal, que inicialmente se desarrolló en materia penal, fue proyectada al ámbito administrativo a través del fallo *Losicer c/ BCRA*, en el cual el máximo tribunal nacional sostuvo que incluso los órganos administrativos que realizan funciones materialmente jurisdiccionales deben respetar íntegramente las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana (CSJN, *Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA*).

La evolución del constitucionalismo contemporáneo exige resignificar el rol de la administración pública dentro del marco del Estado constitucional y convencional de derecho. Retomando la teoría garantista de Ferrajoli, la tradicional división de poderes debe ser revisada a la luz de los compromisos derivados de la incorporación de los derechos humanos al orden jurídico interno (Ferrajoli, 1995).

En este contexto, la administración pública no debe limitarse al ejercicio de funciones de control interno, sino que debe asumir un rol activo en la promoción y realización de los derechos fundamentales, constituyéndose en un agente central de las políticas públicas comprometidas con su efectiva garantía (Gil Domínguez, 2017).

Esta relectura impone a la administración tres deberes sustanciales: a) Ejercer el control de convencionalidad en la emisión de normas, sean estas

generales o particulares; b) Depurar o derogar de oficio aquellas normas que resulten contrarias a los tratados de derechos humanos o a su interpretación jurisprudencial; y c) Adoptar interpretaciones conformes a los estándares de convencionalidad, incluso en situaciones donde la ley sea ambigua, insuficiente o restrictiva frente al derecho sustantivo en juego.

Todo ello cobra particular relevancia en el ámbito del derecho administrativo sancionador, donde la administración pública no solo debe observar las garantías del debido proceso, sino también asegurar que sus decisiones no vulneren el contenido sustancial de los derechos en juego, especialmente cuando están en juego bienes jurídicos como el honor profesional, la reputación o el ejercicio de una matrícula habilitante.

Así, el control de convencionalidad deviene en una herramienta ineludible para garantizar que el procedimiento disciplinario no se convierta en un ámbito de arbitrariedad institucional o formalismo vaciado de justicia. Exige una transformación institucional que coloque a la dignidad de la persona humana, la tutela efectiva y el debido proceso en el centro del obrar administrativo. Es este el único camino posible para una administración pública comprometida con el Estado democrático, social y de derecho, tal como lo exige la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 22.

La tutela administrativa efectiva tiene raigambre constitucional (arts. 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Esta última disposición establece expresamente que: "La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes, y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial"

Esta línea doctrinal fue reafirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Astorga Bracht, Sergio y otro c/ Comité Federal de Radiodifusión (Fallos 327:4185, 14/10/2004) y ha sido seguida, entre otros casos, por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata en Bingo King S.A. c/ Instituto Provincial de Lotería y Casinos de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión anulatoria (causa No. 1411/08, 05/08/2010) (CSJN, 2004; Cámara Ctral. Adm. Mar del Plata, 2010).

La violación del derecho de defensa en el procedimiento administrativo configura un vicio que afecta la forma esencial del acto administrativo y puede determinar su nulidad. Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el caso *Zarlenga, Marcelo Esteban c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros* (A-73919), al vincular la invalidez de ac-

tos administrativos al incumplimiento de garantías procedimentales previstas en el Decreto-Ley 7647/70. El tribunal sostuvo que los defectos graves del procedimiento constituyen atentados irreparables al derecho de defensa que habilitan la revisión judicial del acto administrativo (SCBA, 2019).

Estas referencias jurisprudenciales reafirman que la tutela administrativa efectiva constituye un límite infranqueable para la Administración en sede sancionatoria. Su vulneración afecta la validez del procedimiento y compromete la legalidad del acto final, en directa violación de los artículos 18 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución Provincial y 8 de la CADH.

En palabras de Alvarado Velloso (2003), el derecho procesal no puede entenderse al margen del debido proceso constitucional, pues este constituye su fundamento normativo y su límite estructural. Cualquier desarrollo procesal que no se ajuste a esta garantía incurre en una desviación incompatible con el Estado de derecho.

8. Los actos del procedimiento disciplinario ante los Colegios de Abogados en el test de convencionalidad: sujetos y efectos

La figura del control de convencionalidad adquiere una relevancia particular en el ámbito de los Colegios de Abogados de la provincia de Buenos Aires. Cuando estos colegios profesan potestades disciplinarias, ejercen una parte del *ius puniendi* estatal y, en consecuencia, se encuentran sujetos al mismo marco de garantías que cualquier autoridad pública. En ese sentido, corresponde que el Colegio – y sus órganos disciplinarios – interpreten y apliquen sus reglamentos internos de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la interpreta.

Es decir: cuando el Colegio dicte un acto disciplinario, sus órganos deben examinar no sólo la normativa interna (estatutos, reglamentos, etc.), sino también si la decisión es compatible con estándares convencionales (por ejemplo: debido proceso, impugnabilidad, motivación). Si la decisión del órgano colegial colisiona con disposiciones de la Convención o con la interpretación de la Corte IDH, dicha decisión puede calificarse como inconvencional, y por tanto ilegítima desde el punto de vista del bloque constitucional-convencional.

En el ámbito provincial bonaerense, esta exigencia impone que los reglamentos internos del Colegio de Abogados, que regulan el procedimien-

to disciplinario (designación de tribunales, plazos, recursos, etc.), no puedan contener cláusulas de irrecurribilidad absoluta que impidan toda vía de impugnación, sin importar que la ley interna lo contemple. Ello porque, conforme al control de convencionalidad, ninguna norma interna – ni reglamento interno de un Colegio Profesional – puede privar a la persona de una revisión útil frente a la decisión que afecte sus derechos fundamentales.

Finalmente, cabe destacar que este deber recae no solo sobre los órganos judiciales, sino también sobre los mismos órganos colegiales y disciplinarios. Deberán actuar de oficio para asegurarse de que sus reglamentos, resoluciones y decisiones respeten el efecto útil del tratado, sin depender únicamente de que el imputado formule–o no– una impugnación. En definitiva, en la provincia de Buenos Aires, el Colegio de Abogados debe entenderse como un órgano funcional al Estado constitucional y democrático de derecho, y su ejercicio disciplinario no está al margen de la tutela eficaz de los derechos convencionales.

Pues el tratamiento de las sentencias examinadas puso de manifiesto algunos puntos en común que la Corte examina, tales como el debido proceso, la igualdad, la motivación, etc., cuyas conclusiones fueron reiteradas en más de una oportunidad al momento de interpretar la Convención. En este sentido, resulta fácil advertir cómo el Sistema Interamericano y el derecho internacional de los derechos humanos impacta y atraviesa de modo transversal el derecho administrativo en aspectos procesales, procedimentales y sustantivos. Las nuevas miradas que la Corte Interamericana aporta a tópicos fundamentales de esta disciplina producen y producirán transformaciones profundas en esta rama del derecho, y su obligatorio seguimiento por todos los órganos del Estado, incluidos los órganos administrativos. Ello abre un campo ampliado de derechos y garantías para los ciudadanos, deberes de ineludible cumplimiento por las autoridades públicas y la actualización y adaptación normativa a los estándares y principios supranacionales.

En el marco del desarrollo del derecho administrativo contemporáneo, diversos autores han señalado la expansión del control de convencionalidad más allá del ámbito estrictamente constitucional. En este sentido, Brewer-Carías (2017) sostiene que "el control de convencionalidad puede decirse que se está desplazando del ámbito del derecho constitucional hacia el ámbito del derecho administrativo, en el cual se ubican las normas de la mayoría de los tratados y convenciones internacionales, como los que se refieren a la protección del medioambiente; a las relaciones comerciales; a la lucha contra la corrupción; al régimen multilateral de servicios públicos, como los de salud, de transporte, de navegación, de correos; al uso de espectro radioeléctrico, y tantos otros" (p. 139).

9. Conclusión y propuesta de reforma

A modo de cierre, cabe afirmar que el análisis desarrollado revela la imperiosa necesidad de repensar el alcance de las garantías procesales en el seno del procedimiento disciplinario colegial, en especial frente a aquellas resoluciones que, si bien consideradas como intermedias o instrumentales, generan efectos sustanciales sobre los derechos del imputado. En este marco, resulta indispensable integrar el valor de la eficacia administrativa con los principios del debido proceso y la dignidad de la persona humana, conforme a una visión axiológica propia de un Estado constitucional de derecho.

Si bien la eficacia —como principio rector de la función administrativa— busca optimizar los recursos estatales y garantizar resultados, ella no puede erigirse en un criterio absoluto que justifique la restricción o neutralización de derechos fundamentales. La eficacia no puede convertirse en pretexto para legitimar procedimientos sumarios, automatizados o formalmente correctos pero sustancialmente injustos. Como bien lo sostiene la teoría trialista, el derecho administrativo debe orientarse a la realización del valor humanidad, en tanto deber ser cabal del ser humano(Ciuro Caldani, 2017), lo que impone reconocer a la persona no como objeto sino como sujeto del proceso.

En esta tensión de valores, el principio de tutela administrativa efectiva debe prevalecer frente a la eficiencia deshumanizada. El diseño normativo de los procedimientos no puede desentenderse de la garantía de defensa en juicio, la cual incluye el derecho a impugnar toda decisión que afecte derechos subjetivos. Así lo exigen no solo los postulados del derecho interno, sino también los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina en materia de derechos humanos y control de convencionalidad.

Una reforma reglamentaria debería establecer con claridad que todo acto administrativo que afecte derechos subjetivos en el procedimiento disciplinario es recurrible. Ello no solo hará más justo el proceso, sino también más legítima la función disciplinaria que ejerce el Colegio, evitando nulidades y fortaleciendo la confianza en las instituciones del derecho.

En consecuencia, propiciamos una reforma del Reglamento de Procedimiento Disciplinario de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires que contemple expresamente la impugnabilidad de todos los actos administrativos que incidan sustancialmente en los derechos del imputado. Ello incluye, entre otros, el auto de imputación, las resoluciones sobre prueba, las notificaciones nulas o defectuosas, las medidas precautorias que afecten el ejercicio profesional, las decisiones sobre recusaciones y, en

particular, la sanción de apercibimiento, cuya irrecurribilidad actual no se compadece con los estándares del debido proceso.

Asimismo, deben incorporarse mecanismos eficaces de subsanación durante el procedimiento, que permitan reparar vicios sin esperar el dictado del acto final, evitando la consolidación de nulidades por falta de vías de defensa.

En definitiva, toda reforma debe tener como norte ineludible la centralidad de la persona humana y la consagración efectiva de un modelo de procedimiento que armonice eficacia institucional con justicia sustantiva, bajo el paradigma de la dignidad humana y la supremacía de los derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

Doctrina

Alvarado Velloso, A. (2003). *El debido proceso de la garantía constitucional*. Zeus.

Balbín, C. (2018). *Manual de derecho administrativo*. La Ley.

Brewer-Carías, A. (2017). Derecho administrativo y el control de convencionalidad. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *67*(268), 107–144. https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.268.60983

Cassagne, J. C. (1998). *Derecho administrativo* (6.ª ed., t. I). Abeledo Perrot.

Cassagne, J. C. (2009). *Ley nacional de procedimiento administrativo*. La Ley.

Ciuro Caldani, M. A. (2017). *Proyecciones académicas del trialismo (Disertaciones, comunicaciones y ponencias)*. FDER Edita.

Dromi, R. (2004). *Derecho administrativo*. Ciudad Argentina.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.

Gil Domínguez, A. (2017). Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, LXXXI, 63–80.

Gutiérrez Colantuono, P. y Justo, J. B. (2010). *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*. Abeledo Perrot.

Ivanega, M. (2010). Cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa. *Jurisprudencia Argentina*, *2010-II(1918)*, 64–69.

Malamud, H.I.M y Muñoz, H.L (2014). *Ética y disciplina de la abogacía bonaerense: Concordados con los códigos de ética de la abogacía nacional.* Cathedra Jurídica

Jurisprudencia

Cámara en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata. (5 de agosto de 2010). *Bingo King S.A. c/ Instituto Provincial de Lotería y Casinos de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión anulatoria* (Causa N.º 1411/08)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de enero de 1997). *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 30).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2000). *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo* (Serie C No. 70).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de enero de 2001). *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Cost*as (Serie C No. 71).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de febrero de 2001). C*aso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 72). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de febrero de 2001). *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 74).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de junio de 2005). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costa*s (Serie C No. 125).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de marzo de 2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 146).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de septiembre de 2006). *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 151).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2006). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Serie C No. 158). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 26 de septiembre).

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (16 de febrero de 2017). *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (Serie C No. 333). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (14 de octubre de 2004). A*storga Bracht, Sergio y otro c/ Comité Federal de Radiodifusión* (Fallos 327:4185).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (13 de julio de 2007). *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad* (Fallos 323:2035).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (26 de junio de 2012). *Losicer, Jorge A. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Resolución 169/2005* (Expte. 105.666/86 – SUM FIN 708).

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. (2019). *Zarlenga, Marcelo Esteban c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros* (Causa A-73919).

Normativa

Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (1998). *Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Ley N.º 12.008 y modificatorias.* Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires.

Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (1951, 15 de marzo). *Ejercicio de la profesión de abogado y procurador y organización de los Colegios de Abogados. Ley N.º 5.177 y modificatorias.* Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires.

Organización de los Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).* San José, Costa Rica. Ratificada por Argentina mediante Ley N.º 23.054 (B.O. 20/09/1984).

EPISTEMOLOGÍA Y METODOLOGÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA

El derecho comparado en la investigación jurídica. Reflexiones desde un taller de metodología para abogados/as

Bailo Gonzalo
CONICET, FCJS-UNL
Marichal, María Eugenia
CONICET, FCJS-UNL

Resumen

La apelación al «derecho comparado» constituye uno de los desafíos característicos de los talleres de metodología de la investigación jurídica. En los proyectos de investigación elaborados en el marco de posgrados en derecho, suele incluirse como un conjunto de material normativo en el marco teórico o como objetivo, pero sin examinar previamente sus especificidades, lo que puede derivar en diseños de investigación incoherentes o poco factibles. En las asignaturas de metodología se plantea, por ello, el desafío de evaluar de manera crítica el papel que el derecho comparado puede desempeñar en una investigación. Este trabajo aborda dos problemas recurrentes: a) la incorporación al marco teórico que lo reduce a una mera enunciación o inventario de antecedentes extranjeros; b) la inclusión de la «comparación» como objetivo, que lleva a asumir equivalencias de instituciones o conceptos jurídicos por afinidades temáticas o por falsos cognados. Ambos problemas evidencian la necesidad de un uso crítico de los materiales y estudios del derecho comparado que evite reduccionismos o equivalencias apresuradas. El análisis se apoya en experiencias docentes desarrolladas entre 2022 y 2025 en una asignatura-taller de metodología para posgrados en derecho y en una asignatura de derecho comparado del traductorado público de la Universidad Nacional del Litoral. De este modo, se busca aportar a la identificación de un rasgo distintivo de la metodología jurídica y proponer algunos criterios para un uso más reflexivo del derecho comparado en la investigación.

1. Introducción. El uso del derecho comparado y los talleres de metodología

La apelación al «derecho comparado» constituye uno de los desafíos característicos de la metodología de la investigación aplicada al mundo jurídico. No resulta extraño encontrar proyectos de investigación que prometen «analizar la temática X desde el derecho comparado» o «realizar un análisis comparativo de la institución Y». En la mayoría de los casos, esta comparación no forma parte del núcleo de la investigación, sino que aparece como una especie de complemento ornamental que quiere reforzar la relevancia de un problema o dar cuenta de su estado de situación. No obstante, la ejecución efectiva de estas tareas suele traducirse en interminables recopilaciones de derecho extranjero que desalientan o directamente frenan la investigación. En su forma más típica, aparecen como listados extensos de normas, comentarios doctrinarios y sentencias reunidos en un apartado titulado «derecho comparado», que rara vez desemboca en un resultado coherente o útil para el resto del trabajo.

Por dicha razón, las asignaturas y talleres de metodología necesitan generar destrezas que permitan evaluar, de manera crítica, el papel que puede desempeñar el «derecho comparado» en el diseño de una investigación coherente, factible y relevante. El presente trabajo se concentra en abordar dos problemas recurrentes para esa evaluación crítica: a) la incorporación del «derecho comparado» como marco teórico que lo reduce a una mera enunciación o inventario de antecedentes extranjeros; b) la inclusión de la «comparación» como objetivo, que lleva a asumir equivalencias de instituciones o conceptos jurídicos por afinidades temáticas o por falsos cognados.

El trabajo recupera y profundiza algunos avances previos en materia de diseño de proyectos y metodología de la investigación jurídica (Bailo & Marichal, 2024; Marichal & Bailo, 2023). El análisis se apoya en experiencias docentes desarrolladas entre 2022 y 2025 en una asignatura-taller de metodología para posgrados en derecho y en una asignatura de derecho comparado del traductorado público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.[53] El carácter interdisciplinario de estas experiencias permite poner en diálogo tanto las especificidades profesionales

[53] Se trata del módulo o asignatura-taller de metodología de la investigación de los siguientes posgrados: Especialización en Derecho Laboral; Especialización en Defensa y Garantías; y Maestría en Argumentación Jurídica. Por otro lado, la asignatura de derecho comparado pertenece al Ciclo de Complementación Curricular Traductorado Público, una carrera para profesionales de la traducción técnica, científica y/o literaria.

del derecho y de la traducción como el carácter situado de las prácticas vinculadas a la comparación.

El artículo se organiza en dos secciones. En la primera se abordan los desafíos y estrategias que surgen cuando se incluye al derecho comparado como marco teórico de una investigación. En la segunda se abordan los desafíos y estrategias que se activan cuando se lo incluye como objetivo de la investigación. Finalmente, el artículo ofrece algunas reflexiones orientadas tanto a la enseñanza de la metodología de la investigación jurídica como al diseño de proyectos con intereses comparativos y/o vinculados a la intersección derecho-traducción.

2. El derecho comparado como campo específico. El juego de los reduccionismos y los desbordes

La inclusión del «derecho comparado» como parte del marco teórico de una investigación comparte los rasgos problemáticos de la conocida práctica de bosquejar una «evolución histórica» (Oliveira, 2006). Por un lado, ambas tentaciones se alimentan de una intuición bien orientada: que el estudio de la historia y de las diferentes culturas jurídicas aporta a la comprensión de fenómenos complejos. Por otro lado, esa misma intuición, cuando no está metodológicamente bien dirigida, puede derivar rápidamente en reduccionismos que trivialicen la historicidad de las instituciones o despojen a la comparación de su dimensión crítica. Cuando se interroga por las causas de este modo de proceder recopilatorio en las tesis, se argumenta que trata del estilo usual en tal o cual monumental obra tratadística de algún reconocido referente del área dogmática a estudiar. Sin embargo, este proceder por imitación presenta serios inconvenientes, pues las licencias que puede tomarse la manualística con la historia y con el derecho comparado para facilitar el acercamiento a una rama jurídica no pueden trasladarse automáticamente a una investigación empírica, situada.

En una investigación con un objeto delimitado, la comparación no puede reducirse a un apartado de «derecho comparado», del mismo modo que la historia no puede quedar confinada a un rótulo de «evolución histórica»; ambos son campos complejos, profesionalizados, con tradiciones y debates propios. Incluso, la intersección de ambos abordajes ha dado origen a un reciente subcampo de estudios con objetivos y características propias: la historia jurídica comparada (Duve, 2022; Löhnig, 2014).[54]

[54] Comentando los principales aportes que ofrece la historia jurídica al comparatista, Duve

Una de las estrategias implementadas en el taller para superar este obstáculo consiste en generar una autoevaluación en torno a dos preguntas clave ¿qué se entiende por «derecho comparado»? y ¿cómo se relaciona con el diseño de la propia investigación? En este punto, buena parte de las respuestas admiten no tener contacto previo con escuelas o métodos del derecho comparado y relatan que la expresión se inspira más bien en una imitación de la estructura de manuales o de artículos de revistas de orientación dogmática.

Ante esa situación, una estrategia complementaria para implementar en los talleres de metodología consiste en presentar mapeos que presenten en forma sintética, pero con cierta amplitud epistemológica, las grandes corrientes disponibles en el campo del derecho comparado (Bonilla Maldonado & Michaels, 2023; Bönnemann & Riegner, 2021; Reimann & Zimmermann, 2019). No se trata de entrenar en la producción de aportes a este campo, objetivo que excedería un taller de posgrado, sino de mostrar la complejidad y especificidad de la metodología del derecho comparado con el objetivo de advertir sobre los errores de un uso liviano de la expresión. Por ello, el ejercicio de mapeo no se detiene en largos y complejos debates conceptuales del campo, sino que se apoya preferentemente en ejemplos que ilustren la potencia explicativa o descriptiva que se puede alcanzar cuando estos marcos están articulados con una investigación.

En este punto, es posible reflexionar metodológicamente sobre si alguna escuela o corriente del derecho comparado puede funcionar como marco preferente, si conviene utilizarlo de manera puntual —por ejemplo, para clarificar un concepto clave— o si el recurso al derecho comparado en realidad no aporta al núcleo de la investigación y será descartado definitivamente del primer plano del trabajo.

Estos ejercicios no implican una renuncia a la curiosidad por otros sistemas o culturas jurídicas sino una reconducción estratégica. En ocasiones, lo que se proyecta como «derecho comparado» puede resolverse con mayor precisión y eficiencia en un breve párrafo del plan de investigación (que luego se convertirá en un apartado del primer capítulo de la futura tesis) que complete la construcción del problema o el estado del arte sobre el que se quiere intervenir. Una de las estrategias implementadas en los talleres consiste en

---

explica que «el derecho comparado y la historia del derecho son, como se dice de vez en cuando, frutos del mismo árbol. Personalmente, creo que, como historiadores del derecho, estamos ejerciendo una comparación del derecho sobre el eje temporal, de manera diacrónica (...). Tenemos que buscar conceptos que nos permitan analizar estos sistemas culturales en una forma que nos haga posible comprenderlos a partir de sus propias lógicas, sin interferencias anacrónicas, pero sin perder la comunicabilidad con el presente tampoco» (Duve et al., 2020, p. 102).

sugerir un abordaje visual y sintético de la información recopilada. Se trata de transformar el cuerpo narrado de extensas recopilaciones en una tabla o ilustración que responda a ciertos criterios ordenadores, para luego evaluar más fácilmente el lugar que ello puede ocupar en la investigación. En uno de los talleres, por ejemplo, una persona que proyectaba un capítulo completo de derecho comparado en una investigación relacionada con la argumentación del daño moral en el despido, luego de realizar el ejercicio de sistematizar y convertir ese cuerpo textual en una tabla, llegó a la conclusión de que esa información no estaba realmente relacionada con su problema de investigación. No obstante, se reconoció que esas lecturas previas habían sido útiles como tareas exploratorias que le habían permitido informarse mejor sobre el problema a investigar e ir progresivamente refinando el recorte de su objeto.

Esta reflexión detenida resulta especialmente relevante para evitar que se inhiba la apertura a nuevos horizontes en la etapa del diseño del plan, sobre todo cuando se trabaja con perfiles profesionales diversos. En el ámbito profesional de la traducción pública, donde la búsqueda del equivalente funcional se torna una preocupación central, se observó un menor interés en los planteos de las diversas corrientes críticas frente a los aportes de las vertientes funcionalistas y a la intersección entre traductología y derecho comparado (Pozzo, 2016; Soriano-Barabino, 2016). En cambio, en el ámbito del derecho laboral, algunos trabajos comparados críticos ayudaron a ajustar el alcance de la comparación para abordar preguntas directamente relacionadas con un tema de investigación —por ejemplo, cómo la jurisprudencia constitucional brasileña trata el trabajo de plataformas cuando se produce el cese de la relación laboral—.

Precisamente, la teoría y metodología del derecho comparado puede explicar estas tendencias, pues nos permite correlacionar los enfoques con la «presunción metodológica» inicial de la investigación (Samuel, 2014). Mientras la presunción de similitud es típica de enfoques funcionalistas o armonizadores, la presunción de diferencia es propia de enfoques críticos o diferenciales. No extraña que la traducción pública como tarea profesional, con un resultado preciso y esperado, procure similitudes, buscando universales. En cambio, en el marco de un trabajo de investigación jurídica de posgrado, es esperable que los interrogantes sean críticos y pretendan revelar y explicar diferencias.

Otro resultado interesante del ejercicio reflexivo acerca de la amplitud, complejidad y especificidad de los estudios de derecho comparado es la necesidad de definir previamente en qué escala es útil realizar la comparación para un determinado proyecto o plan de investigación, lo que evita realizar búsquedas intuitivas y generalistas de material legislativo o jurisprudencial país

por país. La comparación puede realizarse a gran escala (macrocomparación entre los grandes sistemas jurídicos), como a una escala más pequeña (microcomparación entre instituciones jurídicas específicas o problemas concretos) (Bestué, 2016; Somma, 2015). Algunas veces sucede que el dato relevante de la comparación puede resultar de una comparación al interior del ordenamiento jurídico del propio país, especialmente en estados con estructura federal como el nuestro.

3. Diálogos entre sistemas y lenguas. El juego de las equivalencias y las apariencias

El derecho comparado también suele aparecer en los planes de investigación entre los objetivos, bajo una operación de «comparar» o de «analizar comparativamente» una determinada figura, institución o concepto. En este punto, puede ser necesario revisar la coherencia entre este tipo de objetivos y la selección del marco teórico. Si se ha hecho una opción por alguna perspectiva epistemológica de derecho comparado ello debería traducirse en los objetivos y en el diseño metodológico propiamente dicho (v.g. construcción del corpus documental a analizar, delimitación de las tareas). Es habitual que los objetivos se encuentren planteados de manera genérica e incluso desbordante —apelando a una exploración en el «mundo», a la indagación en «otros países», a una comparación de nuestro derecho con «Europa», o a una familia general como el «*common law*»—.

En este paso se corre el riesgo de generar un defecto crítico para la buena marcha de la investigación: asumir de manera superficial la existencia de equivalencias funcionales entre figuras o conceptos que circulan en determinadas familias jurídicas o al interior de una misma. Por lo general, este defecto se introduce por automatismos profesionales vinculados a afinidades temáticas y falsos cognados (o «falsos amigos») en los respectivos idiomas, cuando son traducidos lineal y literalmente. Durante los talleres se ha observado, por ejemplo, la asunción de equivalencias directas entre suspensión del juicio a prueba y *probation,* acciones de clase y *class actions*, daños punitivos y *punitive damages*, recurso de amparo e *injunction*, entre muchas otras. Si bien en el discurso profesional, en algunas obras generales o en páginas institucionales de algunos organismos (y otras búsquedas resultantes de internet), estas figuras pueden llegar a aparecer de manera equivalente, ello no resulta del todo correcto cuando se atiende a los detalles culturales, lingüísticos y técnico-jurídicos que revisten en los sistemas sometidos a comparación. En otras palabras, las «licencias comparativas» que el discurso profesional puede

tomarse (con toda lógica) para hacer más operativa la comunicación o la toma de decisiones institucionales no deberían trasladarse al diseño de la investigación sin una adecuada revisión previa.

Una de las estrategias implementadas en el taller para abordar este problema consiste en presentar un gran esquema de las distintas clases de «diálogos» que pueden darse entre (o intra) sistemas jurídicos. Así, se promueve una reflexión sobre las diferencias metodológicas que implica trabajar con trasplantes, importaciones selectivas, préstamos, mimetismos, resistencias, estandarizaciones, entre otros fenómenos habituales en el derecho comparado o en la intersección comparación-traducción. Si bien estos «esquemas» no revisten en principio valor como contribución para la disciplina del derecho comparado (porque pueden llegar a reunir elementos de diferentes escuelas), resultan un recurso pedagógico interesante para refinar el alcance de la indagación y la formulación de los objetivos de un plan de investigación. Es decir, no será lo mismo que el proyecto asuma que los «*punitive damages*» han sido «trasplantados» desde los Estados Unidos a la Argentina como «daños punitivos» que cuestionarlo desde otras figuras como la importación selectiva o el préstamo, lo que puede motivar una reconstrucción más precisa y situada de los comparables.

En esta instancia de reflexión y autoevaluación puede ser necesaria una advertencia: los objetivos comparativos no pueden desarrollarse efectivamente sin un compromiso real con la exploración y comprensión tanto de las lenguas como de las culturas jurídicas involucradas. Se ha observado, por ejemplo, el desplazamiento de una tesina que contenía un largo apartado dedicado a abordar comparativamente la institución estudiada en la «cultura jurídica de la India», pero cuyo contenido sólo exhibía una anécdota marginal recogida de un tratado de derecho constitucional, la cual había sido superficialmente completada con una recopilación arbitraria de algunas normas consuetudinarias de la India. Esta inserción no sólo ignoraba las profundas y complejas particularidades culturales de este país, sino que tampoco guardaba una relación clara con el resto de la investigación.

Para superar este tipo de dificultades se puede recurrir al concepto de *Deep Comparative Law* (derecho comparado de nivel profundo), un enfoque del derecho comparado crítico que, advirtiendo los errores de ciertas miradas del positivismo, demanda la exploración de dimensiones subyacentes de los sistemas jurídicos, más allá de la simple comparación de reglas o normas superficiales (Hoecke, 2002). El simple texto normativo no basta, pues la construcción del derecho escrito y el trabajo de los operadores jurídicos (del Poder Judicial, la Legislatura o Administración) siempre dependen de

la cultura general en la que trabajan. Según este enfoque se debe tomar en cuenta ese contexto del país o región a comparar, para lo cual propone una metodología basada en la «inmersión». Este término apela a lo interpretativo y, si bien la inmersión nunca podría ser total, remite a cierta curiosidad del comparatista acerca del derecho extranjero y sus reglas, al que debería acercarse desprovisto de esquemas de comprensión fijos que puedan haber funcionado para otros países (Siems, 2018).

La inmersión en el derecho a comparar, si bien nunca puede ser total, permite esquivar la tendencia al etnocentrismo, es decir, mirar todo desde la lógica del país de origen de cada investigador/a o de las sociedades dominantes, lo que requiere la capacidad de distanciarse de la racionalidad socializada de su propia comunidad jurídica (La Spina, 2024). Si el derecho es solo una parte de una cultura más amplia, la comprensión del derecho extranjero implica percibir sutiles matices que no se revelan directamente desde el texto legal formal o una serie de precedentes judiciales, sino que tienen que deducirse de una serie de materiales más amplios (Husa, 2015).

En la experiencia de los talleres de metodología también se han observado planes que pretendían reconstruir en clave comparada instituciones o conceptos en otras lenguas a partir de la sola lectura de comentarios de doctrina argentina y en castellano. Este recurso puede ser útil para retratar la mirada de la cultura jurídica local sobre una determinada institución extranjera, pero difícilmente sirva para comprender los matices que tiene en su sistema de origen. En este punto es útil traer las advertencias de alguna versión de las corrientes críticas del derecho comparado, que precisamente indican cómo ha prevalecido una mirada colonial, positivista y etnocéntrica de los estudios tradicionales en el campo.

Desde una vertiente radical, Legrand (2022) enfatiza que el derecho es siempre una construcción cultural, tan imbricada en prácticas locales que las transferencias o trasplantes directamente no serían posibles. Las corrientes críticas sostienen que el comparatista debe partir de una presunción de diferencia, dado que la comparación jurídica se funda precisamente en el reconocimiento de alteridades (Somma, 2015) y que la omisión del trasfondo cultural y socioeconómico de las normas produce representaciones incompletas y distorsionadas de los sistemas legales.

Desde las perspectivas críticas del Sur Global, el derecho comparado tradicional aparece, además, como partícipe de proyectos hegemónicos que reproducen la lógica de la dominación colonial, cuyos orígenes se vinculan a la aspiración de forjar un «derecho común de la humanidad civilizada» sobre la base de la distinción entre naciones «civilizadas» y «primitivas» (Merino

Acuña, 2018). En este marco, los enfoques críticos demandan desmantelar la jerarquía y la arrogancia epistémica del canon occidental, promoviendo un constitucionalismo del Sur Global que reconozca la igual dignidad de todas las formas de conocimiento jurídico y que incorpore, de manera efectiva. otras voces (Dann et al., 2020).

Una estrategia posible, aunque todavía no implementada en los talleres, consistiría en habilitar espacios compartidos entre los distintos públicos a los que se brindan estas asignaturas y talleres, poniendo en contacto personas con diversas formaciones pero que pretenden indagar en aspectos comparativos para sus trabajos finales y/o tesinas. Esto puede ser particularmente útil en la intersección derecho-traducción, dado que son ámbitos claramente compatibles para el trabajo interdisciplinario y colaborativo. Un primer acercamiento a esta estrategia consistió en incluir ejemplos de proyectos de los posgrados en derecho en el traductorado y viceversa. Ambas experiencias arrojaron buenos resultados preliminares. El flujo traducción-derecho fue útil, por ejemplo, para ajustar un diseño que asumía la coincidencia entre nuestros decretos de necesidad y urgencia y las *executive orders* estadounidenses. En otro caso, el flujo derecho-traducción permitió aclarar un diseño que proponía una traducción inversa de nuestro recurso de amparo como *injunction* —para optar, en el marco de su trabajo, por la expresión más precisa de «*writ of amparo*»—.

4. Reflexiones finales

En este trabajo se intentó reflexionar sobre algunas de las complejidades y particularidades que presenta el intento de incorporar al derecho comparado al diseño de una investigación, observadas en la enseñanza de metodología de la investigación. A diferencia de lo que ocurre con otras ciencias sociales, en el campo jurídico se precisa de un minucioso examen previo sobre sus aptitudes para encarar una investigación. En particular, este trabajo abordó dos desafíos recurrentes registrados en los talleres: su incorporación como marco teórico y su inclusión como objetivo de investigación.

El recorrido por estos desafíos y sus posibles estrategias de abordaje lleva a considerar que el tratamiento irreflexivo del derecho comparado suele esconder un abordaje normativo-reduccionista que conduce a su incorporación como un accesorio formal y decorativo (o simplemente, de «relleno») en los planes de tesis. Con ello, se desperdicia la oportunidad de emplearlo como una forma de repensar los alcances y límites del conocimiento jurídico que se pone en juego en un proyecto de investigación.

Para abordar estos desafíos resulta necesario diseñar estrategias creativas y/o personalizadas que incluyan, entre otras herramientas, mapeos epistemológicos generales, búsquedas más ajustadas al problema de investigación, ejemplos aplicados, esquemas de diálogos entre sistemas jurídicos y lenguas, así como la generación de espacios de intercambio interdisciplinario entre derecho y traducción (ver tabla 1).

De todas maneras, y retomando las conclusiones de trabajos anteriores, es útil tener presente que los talleres tienen un necesario componente de artesanalidad que debe recuperar la participación y escucha activa a través de un proceso situado, el cual no siempre podrá ser reproducido mecánicamente o sintetizado en reglas aplicables a todo tipo de casos. En el desarrollo de la tarea docente se debe procurar que la reconducción estratégica de las inquietudes de investigación de quienes asisten, concilie el adecuado diseño de un proyecto de investigación con la genuina curiosidad e interés por otras lenguas y culturas jurídicas.

Pregunta clave	Objetivo	Derivación metodológica	Estrategia de taller
¿Qué entiendo por derecho comparado (DC)?	Evitar posturas reduccionistas	Evitar confusión con inventarios de antecedentes	Presentar mapeos de corrientes epistemológicas en DC
¿Cómo se relaciona el DC con el diseño de mi investigación?	Evaluar si es necesario incorporar DC en una investigación concreta	Definir el grado de ingreso al proyecto (principal, focalizado, ninguno)	Motivar búsquedas más ajustadas al interior del campo de estudios del DC
¿Cómo debería utilizar el DC en mi investigación?	Evitar incoherencias internas en el diseño del proyecto	Ajustar coherencia entre marco teórico y objetivos	Presentar ejemplos aplicados
¿Qué entiendo por comparar?	Evitar falsas equivalencias	Contextualizar y describir claramente los comparables	Presentar esquemas de diálogos entre sistemas y lenguas
¿Tengo familiaridad con las lenguas y las culturas en juego?	Auto- diagnosticar las destrezas requeridas	Evaluar factibilidad de las tareas comprometidas	Presentar ejemplos aplicados
¿Qué tipo de conocimientos pretendo producir en mi investigación comparada?	Reflexionar sobre la función epistemológica de la comparación	Potenciar las ventajas de la perspectiva epistemológica seleccionada para el proyecto	Ensayar cruces interdisciplinarios (v.g. derecho-traducción)

Tabla 1. Problemas y estrategias reseñadas en el artículo

Nota de los autores: Las experiencias que se relatan han sido convenientemente modificadas para no comprometer la identidad y las ideas de las personas involucradas.

Referencias bibliográficas

Bailo, G. y Marichal, M. E. (2024). *El papel de la dogmática en la investigación jurídica. Reflexiones desde un taller de metodología para abogados/as*. VII Jornadas de investigación en ciencia jurídica, Azul.

Bestué, C. (2016). El Derecho comparado: Nociones introductorias para la metodología de la traducción jurídica. En L. Molina & L. Santamaria, *Traducción, interpretación y estudios interculturales*. Editorial Comares.

Bonilla Maldonado, D. y Michaels, R. (2023). Introducción. Un mapa de los problemas principales de la disciplina. En *Derecho comparado: Materiales modernos y posmodernos* (pp. 9-51). Ediciones Uniandes.

Bönnemann, M. y Riegner, M. (2021). Estudio preliminar. En R. Michaels, G. Frankenberg, y P. Legrand, *Derecho comparado crítico* (pp. 11-76). Siglo del Hombre Editores.

Dann, P., Riegner, M., & Bönnemann, M. (2020). *The Global South and Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.

Duve, T. (2022). Legal History as an Observation of Historical Regimes of Normativity. *Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research Paper Series*, *17*. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4229345

Duve, T., Ponthoreau, M.-C., y Somma, A. (2020). Dossier: Diálogo con comparatistas. En J. D. Cesano (Ed.), *Cuaderno de Derecho Comparado: Vol. III*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Instituto de Derecho Comparado "Dr. Enrique Martínez Paz".

Hoecke, M. van. (2002). *Deep Level Comparative Law*. European University Institute.

Husa, J. (2015). *A New Introduction to Comparative Law*. Bloomsbury Publishing.

La Spina, E. (2024). Entre la necesidad y la finalidad de comparar en la investigación jurídica.: Reflexiones sobre su abordaje metodológico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 58*. https://doi.org/10.30827/acfs.v58i.28723

Legrand, P. (2022). *Negative Comparative Law: A Strong Programme for Weak Thought*. Cambridge University Press.

Löhnig, M. (2014). Comparative Law and Legal History: A Few Words about Comparative Legal History. En M. Adams & D. Heirbaut (Eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke* (pp. 113-120). Bloomsbury Publishing.

Marichal, M. E. y Bailo, G. (2023). *La situación problemática en la investigación jurídica. Reflexiones desde un taller de metodología para abogados/as*. VI Jornadas de investigación en ciencia jurídica, Azul.

Merino Acuña, R. (2018). Comparación jurídica desde el sur global genealogía de un proyecto crítico. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (73), 131-145.

Oliveira, L. (2006). «No me venga con el Código de Hammurabi...». La investigación jurídica en los estudios de posgrado en Derecho. En C. Courtis (Ed.), *Observar la Ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 277-298). Trotta.

Pozzo, B. (2016). Comparative Law and the New Frontiers of Legal Translation. En S. Šarčević, *Language and Culture in EU Law: Multidisciplinary Perspectives* (pp. 73-87). Routledge.

Reimann, M. y Zimmermann, R. (2019). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press.

Samuel, G. (2014). *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Bloomsbury Publishing.

Siems, M. (2018). *Comparative Law*. Cambridge University Press.

Somma, A. (2015). *Introducción al derecho comparado*. Universidad Carlos III de Madrid.

Soriano-Barabino, G. (2016). *Comparative Law for Legal Translators*. Peter Lang.

FILOSOFÍA Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Filosofía del Asentimentalismo: una mirada de la justicia epistémica desde la teoría de Hannah Arendt

Lucía Di Giulio
UNICEN

Resumen

El desarrollo teórico de la autora Hannah Arendt se enmarcó en los horrores vividos durante la segunda guerra mundial, especialmente "el azar le había puesto frente a los acontecimientos traumáticos del siglo xx (el terror, Auschwitz, las violencias políticas, el desarraigo) y a ellos aplicó sistemáticamente el pensamiento" (Sanchez Muñoz, 2019, p. 39).

Parte de sus reflexiones respecto a la condición humana en Eichmann en Jerusalén, abordadas en el marco de una investigación periodística desarrollada para el New York Times, buscaron arrojar luz a problemáticas analizadas por la filosofía del derecho y por el pensamiento de distintos juristas en el desarrollo del siglo pasado (Arendt, 2024). El rol del sistema de justicia frente a los totalitarismos suscitados en el siglo XX, así como la necesidad o inutilidad, de juzgar a un sujeto cuyo obrar era tan solo una parte de un sistema organizado para el desarrollo de la Solución final (Arendt, 2024).

Fundamentalmente, la relectura de sus obras nos manifiesta evidentemente las cuestiones de: ¿Qué debe hacerse ante la comisión de tan horrorosos delitos? y ¿Cuál es la actitud que debe tomarse ante el sujeto acusado? A su vez, y atinente a la presente ponencia, ¿Cuál es el rol de las víctimas, especialmente de sus relatos en la erradicación de dichos males? (Arendt, 2024).

1. Introducción

El desarrollo teórico de la autora Hannah Arendt se enmarcó en los horrores vividos durante la segunda guerra mundial, especialmente "el azar le había puesto frente a los acontecimientos traumáticos del siglo xx (el terror,

Auschwitz, las violencias políticas, el desarraigo) y a ellos aplicó sistemáticamente el pensamiento" (Sánchez Muñoz, 2019, p. 39).

Parte de sus reflexiones respecto a la condición humana en Eichmann en Jerusalén, abordadas en el marco de una investigación periodística desarrollada para el New York Times, buscaron arrojar luz a problemáticas analizadas por la filosofía del derecho y por el pensamiento de distintos juristas en el desarrollo del siglo pasado (Arendt, 2024). El rol del sistema de justicia frente a los totalitarismos suscitados en el siglo XX, así como la necesidad o inutilidad, de juzgar a un sujeto cuyo obrar era tan solo una parte de un sistema organizado para el desarrollo de la **Solución final**, son sólo algunas de las cuestiones que busca analizar el libro "Eichmann en Jerusalén" (Arendt, 2024)[55].

Fundamentalmente, la relectura de sus obras nos manifiesta evidentemente las cuestiones de: ¿Qué debe hacerse ante la comisión de tan horrorosos delitos? y ¿Cuál es la actitud que debe tomarse ante el sujeto acusado? A su vez, y atinente a la presente ponencia, ¿Cuál es el rol de las víctimas, especialmente de sus relatos en la erradicación de dichos males? (Arendt, 2024).

Su posición, lejos de lo esperado, se enmarca en la crítica basta y pura a la sentimentalidad. Para la autora, no había lugar para relatos crudos, para rememorar los sufrimientos de las víctimas, o para emocionalidad alguna:

No importa cuán profundamente sentido sea un motivo, una vez expuesto al escrutinio público se convierte en objeto de sospecha; cuando la luz de lo público cae sobre él, aparece e incluso brilla; pero a diferencia de los actos y las palabras que están hechos para aparecer, cuya existencia misma depende de esa aparición, los motivos que subyacen a esos actos y palabras son destruidos en su esencia si aparecen; cuando aparecen se transforman en «meras apariencias» (Nelson, 2019).

Para Arendt sólo el pensamiento, sólo la reflexión, podría permitir a una sociedad escapar de la dominación totalitarista. El totalitarismo, unifica sujetos, crea personas con "características del individuo de la sociedad-masa: la docilidad, el conformismo y su preocupación, como buen paterfamilias, por la seguridad de los suyos a cualquier precio" estos son personas comu-

[55] La presente ponencia se enmarca en el contexto del proyecto "Pensar para proteger: Hacia una iusfilosofía aplicada en clave de género y disidencias sexuales" PIC- FD. Cuyo análisis radica en "establecer e identificar unidades de análisis que consistan en problemas/conceptos filosóficos tales como lo universal/particular, el contrato social,la justicia epistémica, el rol del juez, el principio supremo de justicia, etc. Estas precisiones nos permitirán luego iluminar, abordar, aplicar, pensar diversas temáticas que surjan de la selección y sistematización de bibliografía y jurisprudencia vinculadas a la Filosofía del Derecho y a los estudios de género y disidencias sexuales."

nes, cotidianas, capaces de seguir órdenes y cometer delitos para conseguir sus objetivos (Sánchez Muñoz, 2019, p. 114).

En el transcurrir de las audiencias, la autora arribó a algunas conclusiones determinantes para su pensamiento: ni el acusado era un horroroso monstruo, ni los relatos podrían conmover lo suficiente a los oyentes para permitir que dichas conductas no se perpetúen (Arendt, 2024). Entonces el mecanismo funcional, totalitarista, se vale de la unificación de características de estos sujetos para prescindir de la pluralidad, y para Arendt el problema no se soluciona únicamente generando un juicio a Adolf Eichmann, más bien, era especialmente relevante prescindir del relato de las víctimas en este, ya que para ella la emoción, el sufrimiento, nunca lograron cambiar a nadie (Nelson, 2019). El mal "puede existir como "mal radical" deliberado (...) pero también puede proceder de no pensar, de no sentir esa alerta sobre la incorrección de una situación" (Femenías, 2021, p. 249). Ello da origen a la noción de mal banal que puede encontrarse en el ejemplo de Eichmann, incapaz de asimilar los crímenes realizados, y un experto administrador del sistema, por ello para Arendt Eichmann no debe ser perdonado, sino juzgado (Sanchez Muñoz, 2019).

No resulta novedoso relatar las duras críticas que dicha posición le ha presentado a Arendt. Pensadora de origen judio, refugiada y apátrida, acusada de insensible, de carecer de amor por el pueblo judio y crítica a su vez de ser calificada como filósofa (Femenias, 2021). Pero, para autoras como Nelson, la pensadora adquirió un tono irónico, y este "no es tanto producto del carácter de Arendt (…) como parte de una filosofía tácita del sufrimiento que transgredía los supuestos y las expectativas de muchos lectores de posguerra" (Nelson, 2019, p. 94).

Por otra parte, y tal vez desde una mirada plenamente antagónica, parte de la teoría feminista contempóranea que aborda la justicia epistémica, nos lleva a repensar el lugar de los relatos en la modificación de la realidad. Para autoras como Fricker, la existencia de falta de credibilidad en los testimonios de ciertos sujetos, y en la marginación de estos respecto a la comprensión de sus experiencias sociales produce "injusticia testimonial" e "injusticia hermenéutica" (2017, p. 17- 18). Ambas conforman parte de la noción de "injusticia epistémica" la cual se manifiesta como problema ético, y a través de su manifestación, es decir de su denuncia, permiten la conducta política del cambio social (Fricker, 2017).

Entonces, ante abordajes tan diversos, y ante la posible imputación a Arendt de ser "insensible" cabe preguntarse qué rol debe abordar en la consecución de la justicia el relato de las víctimas. Puntualmente desde la teoría de Arendt ¿Qué lugar debería el derecho otorgarle al relato de las víctimas para

una noción acabada de justicia? y ¿Es acaso la falta de emoción un camino para una justicia acabada, o una facilitación de la injusticia epistémica?.

La presente reflexión será llevada a cabo bajo la noción de justicia desarrollada por la teoría trialista integrativista, de Werner Goldschmidt, complementada por autores como Ciuro Caldani. Esta noción concibe al principio supremo de justicia como "la adjudicación de la esfera de libertad para el desarrollo de cada individuo que le permita convertirse en persona" (Goldschmidt, 1978)

2. La ética de las autoras

Enfocando nuestro desarrollo en un estudio respecto a la noción de ética de cada una de las autoras, podemos encontrar algunas visiones similares respecto a los elementos necesarios para el estudio de la moral, y otras completamente diversas.

Para Arendt el ejercicio político se produce mediante la acción y es una de las formas que permitirían cambiar la realidad, para ello, entiende que un buen ciudadano sería aquel que piensa por sí mismo, con capacidad y aptitud de reflexión y discernimiento (Sánchez, 2019 p.110). Un sujeto que carece de dichas cualidades dará lugar al mal banal, que a su vez si se impone y se instala, se convertirá en una "suerte de mal colectivo" (Sánchez, 2019, p. 110).

Ante ello, y bajo la responsabilidad de mantener nuestra intersubjetividad en el espacio público, como medio de modificar la realidad, existe una responsabilidad de "preservación de la memoria de las acciones y relatos que han tenido lugar en el espacio público" (Sánchez, 2019, p. 111). Pero no deben por ello confundirse las nociones de la autora. La atribución de responsabilidad no reside en una ética de la virtud del sujeto, sino más bien en una "relación intersubjetiva con los demás", atendiendo por ello más bien a una responsabilidad de carácter objetivo y colectivo (Sanchez, 2019, p. 111).

Entonces la responsabilidad vicaria " es (...) por una acción que no hemos cometido, que se hizo en nuestro nombre, y de la que somos responsables por pertenecer a una comunidad determinada" (Sánchez, 2019,. p. 112). Junto con la culpa, la cual para la autora siempre es individual, y a la atribución moral y política colectiva, nos encontramos con la visión amplia de su idea ética y con el deber de reconocer dichas responsabilidades para la construcción del futuro (Sánchez, 2019, p. 113).

Enmarcada en el contexto historico del holocausto, podriamos frente a esta reflexión ética pensar: ¿Cuál entonces, es la responsabilidad de los tribunales?. Dado la imposibilidad de los tribunales de juzgar corrientes de pensamiento afines al régimen totalitarista, deberá juzgar individuos (Sánchez, 2019, p. 115). Para realizar dicho juicio, no es requerido ningún carácter extraordinario en el sujeto sometido a los tribunales, y dicho pensamiento lo explicita muy claramente en su estudio sobre Eichmann en Jerusalén, a quien tilda de encarnar un "mal banal" (Arendt, 2014). Entonces, más allá de las bastas críticas al ejercicio del juicio en Jerusalén, Arendt considera que nos encontramos frente a un sujeto juzgable, fomentado por el ejercicio del poder de las sociedades modernas (que emplean a individuos normales, habituales como engranajes para perpetuar regímenes totalitarios), y sin ninguna apariencia de maldad o perversidad extraordinaria (Arendt, 2024).

Parecería entonces natural concluir que el relato definido, detallado, de las víctimas activaría el fenómeno de la empatía requerida para vivir intersubjetivamente. Si todas las personas tenemos la capacidad de pensar, de razonar, y el mal reside en la banalidad, parecería simple entender que nuestra empatía podría ser renovada con la escucha del dolor ajeno. Pero ello no es lo que concluye la autora, ya que como se detalló previamente, entendía que el sentimentalismo únicamente generaba sensacionalismo, y reflejo en el oyente. Pero esto no deriva de ninguna forma en un pensamiento reflexivo.

De hecho, luego en una serie de conferencias, Arendt atribuye a la sociedad moderna el disvalor maniqueo de, inicialmente, no poder visibilizar los horrores del holocausto, para luego encontrarse impedido en dejar de contemplarlos. Para la autora, el hecho de encontrarse arrastrado a la tentación de traducir la mudez del horror a cualquier tipo de emoción, provoca que se arrastre a un nivel donde no se pueda debatir nada serio. Las emociones, echan a perder la esfera pública.. La aparición de la desgracia suscita un desborde emocional colectivo, que inunda la esfera pública y bloquea el pensamiento (Nelson, 2019).

Tal vez bajo una mirada contrapuesta se encuentra el pensamiento de la filosofía posmoderna de Miranda Fricker. Fricker comparte la preocupación por el desarrollo moral de nuestras sociedades, especialmente respecto al relato de las víctimas de tratos desiguales, y atribuye un rol fundamental a la conducta como vía de escape (Fricker, 2017). Aunque para dicha autora, el conflicto no solo es moral, sino también de carácter epistémico. La filosofía ética tradicional ha pecado de ceñir su estudio de comprensión en la justicia, siempre vislumbrada en contraposición con la injusticia, cuando:

Hay áreas donde la injusticia es lo normal y que el único modo de dejar al descubierto lo que comporta la justicia epistémica (…) es prestar atención al espacio negativo constituido por la injusticia epistémica (Fricker, 2017, p. 14).

Especialmente, la autora identifica al fenómeno de la injusticia en dos desarrollos particularizados, la testimonial y la hermenéutica. La injusticia testimonial se presenta cuando nos encontramos con que los prejuicios llevan a un oyente, a considerar con credibilidad disminuida, las palabras de un hablante. Mientras que la injusticia hermenéutica se sitúa en una etapa previa, "cuando una brecha en los recursos de interpretación colectivos sitúa a alguien en una desventaja injusta en lo relativo a la comprensión de sus experiencias sociales" (Fricker, 2017, p.18). Para Fricker, mientras que en la injusticia testimonial hay un "prejuicio en la economía de la credibilidad", en la hermenéutica hay un "prejuicio estructural en la economía de los recursos hermenéuticos colectivos". A su vez, "Como los rasgos éticos en cuestión nacen de la actuación del poder social en las interacciones epistémicas, revelarlas supone también dejar al descubierto una política de las prácticas epistémicas" (Fricker, 2017, p.18).

Particularmente, si ceñimos nuestro estudio a la comparación con el lugar del testimonio en la filosofía política de Arendt, es más importante estudiar la noción de injusticia testimonial en el pensamiento de la autora, sin desconocer por ello la relevancia en su teoría de la injusticia hermenéutica.

Para dicha comprensión es importante comenzar por entender que el poder social es la capacidad de influir en acontecimientos sociales, de forma activa (ejerciendo) o pasiva (soportándolo) (Fricker, 2017, p. 30). También este puede actuar de forma estructural "de tal modo que no haya ningún agente concreto que lo ejerza" (Fricker, 2017, p. 31). Todas estas formas de poder resultan móviles de ejercicio de "control social" permitiendo que algunas personas sean escuchadas, mientras que otras padecen el ejercicio del control (Fricker, 2017, p. 36).

A su vez, existe un ejercicio más limitado del poder, que es el "poder identitario", el cual actúa principalmente en el imaginario colectivo (Fricker, 2017, p. 39). Este se manifiesta fundamentalmente en el "intercambio testimonial" en donde un oyente y un hablante se transmiten recíprocamente conocimiento, aunque para la valoración de dicho intercambio se emplean para la autora estereotipos, es decir pre-conceptos, mediante los cuales se le atribuye carga valorativa de credibilidad o no al hablante (Fricker, 2017, p. 40).

Cuando "el estereotipo encarna un prejuicio contra la hablante (...) se produce una disfunción epistémica en el intercambio y la hablante es

injustamente desautorizada en su capacidad como sujeto de conocimiento" (Fricker, 2017, p. 41) permitiendo generar la problemática de la injusticia testimonial. Esta injusticia, se produce por un déficit de credibilidad, omitiendo otorgarle a un otro la escucha y viéndose este sujeto agraviado en su estatus epistémico de sujeto de conocimiento (Fricker, 2017, p. 45). El objeto de preocupación reside en prejuicios sistemáticos persiguiendo al sujeto en distintas esferas de su obrar, y particularmente en su identidad (Fricker, 2017, p. 56-57).

Si bien Fricker no descarta el hecho de que en el desarrollo de la vida social, necesariamente, haya un manejo discursivo estereotipado (en el sentido positivo y negativo de la palabra) entiende que el deber del sujeto reside en la confrontación con dichos estereotipos, cuando existen pruebas suficientes de que los mismos son prejuicios identitarios infundados (Fricker, 2017, p. 73 y 74). Siendo dicho obrar, excepcional, y la injusticia más bien una regla, se generan amplios conflictos identitarios en donde los individuos son objeto de diversas injusticias en el desarrollo de su vida en sociedad, por ejemplo, desde un punto de vista práctico en un juicio, padeciendo penas, multas u otras represalias (Fricker, 2017).

Al fin y al cabo, si los sujetos son negados en su propia identidad:

El mal epistémico porta un significado social que supone que el sujeto no llegue a adquirir la plena condición humana (...) es degradado qua sujeto de conocimiento y desde el punto de vista simbólico, degradado qua ser humano (Fricker, 2017, p. 83).

3. Propuesta de modificación de la realidad

Retomando la última concepción ética desarrollada, Fricker, propone un modelo no inferencial de juicio en donde el oyente sea capaz de moldear su pensamiento en virtud del contexto en que se encuentra "así el oyente, como el sujeto moral, eleva juicios que (al menos por lo general) tienen un aspecto emocional" (Fricker, 2017, p. 137). En la construcción de este sujeto virtuoso, que decodifica los prejuicios, es imposible (siguiendo para la autora la corriente Aristotélica) separar la moral de las emociones, siendo entonces necesario un desarrollo personal de la "sensibilidad testimonial", viéndose obligado el sujeto virtuoso a reflexionar sobre las manifestaciones involuntarias de dicha emoción para corregir cualquier prejuicio (Fricker, 2017). La autora entonces propone un modo "de reflexión crítica activa con el fin de identificar en qué medida el presunto perjuicio ha influido en sus juicios", en

donde el oyente virtuoso corrija el impacto del prejuicio, y formule un juicio desprejuiciado (Fricker, 2017, p. 153 a 157).

A diferencia del desarrollo de Fricker, Arendt no acepta a la emoción y la espontaneidad como algo objetivamente necesario e imprevisible del obrar ético. Para actuar había primariamente que conmoverse, evitando el sentimentalismo que derribaba necesariamente en una "perversión del sentimiento" (Nelson, 2019). Todos tenemos la capacidad de pensar, y la irreflexión reside en una decisión individual de evitar la culpa, u obligarse al cambio. Para Nelson "la ausencia de emoción de Arendt, propiciaba áreas de reflexión y prácticas de representación que ella sabía que serían dolorosas, pero nunca tan emocionalmente desgarradoras como admitir que no tenía sentido traducir la experiencia en lenguaje" (Nelson, 2019). Ante ello, la propuesta de Arendt reside en afrontar con racionalidad los hechos, así como los testimonios de las víctimas. Fomentando, el análisis crítico de la realidad, evitando que la emoción reduzca al humano a simples reacciones fisiológicas (Nelson, 2019).

Arendt, entiende que la irreflexión era una respuesta a la aflicción que generaban las emociones, frente a las características de la vida impredecible, incierta y dudosa contemporánea. Para Arendt, la razón tampoco puede controlar a lo espontáneo, pero sí su despliegue para impedir que las pasiones se muestren e infectar la vida pública con nuestras emociones. Debiendo entonces, únicamente como respuesta ética: soportar el dolor de los eventos ocurridos (Nelson, 2019).

4. Conclusiones

Ambas autoras oponen una mirada crítica a la realidad imperante, observan el rol estructural del poder en el ejercicio de la vida pública, y proponen modelos éticos que verifican aquello oculto en el desarrollo social. Aunque con sus grandes diferencias, históricas, culturales, y de formación, podríamos pensar que sus teorías, en la búsqueda de justicia, pueden ser complementarias.

Inicialmente, existen cuestiones que Arendt no pudo observar en el desarrollo de su filosofía dado el contexto histórico determinado. El rol del antisemismo, parecería poder ser explicado adecuadamente por una concepción epistémica de entendimiento del sujeto, sufriente de injusticia hermenéutica y testimonial. El totalitarismo juega un rol inexcusable en el desarrollo del holocausto, pero los sujetos privados en sí mismos de estatus cognoscitivo, fueron relegados e impedidos de obtener un mínimo de desarrollo, siendo como menciona Fricker, objetos de control social. Esta noción, no delimita-

da a la ética, sino que complementada con la noción epistémica, permite una comprensión cabal de las posibles causas que reflejan una dimensión práctica de la injusticia perpetuada.

Por otro lado, resultaría injusto no visualizar que el objeto de estudio de Arendt en Eichmann en Jerusalén se ciñe al cumplimiento o no de la concepción de justicia en el desarrollo del juicio, en una descripción cabal de la personalidad del victimario y de alguna forma, en una percepción realista de los males de una sociedad que no terminaba de decir qué tipo de representación era la más adecuada frente a los males perpetrados. Por ello, la percepción Arendtiana de necesidad de razón, sin caer en el sentimentalismo, es la opción que encuentra para permitir un pluralismo adecuado, que registre a la otredad, en el ejercicio de la cosa pública.

En esta concepción, ambas posturas, aunque antagónicas en la mirada de la emoción como parte indiscutida o revocable de la moral, podrían ser complementarias. La mirada de Fricker permite un estudio social más allá de los efectos prácticos visibles. El rol del testimonio, aunque necesario, coincide con Arendt en que ya que no podemos modificar una realidad estructural frente a sujetos que se han vistos desprovistos de subjetividad, no hay individuo cuando se le ha negado la posibilidad de ser escuchado fuera de prejuicios, cuando ellos mismos no han podido percibirse bajo ningún estatus epistémico. La noción de Arendt, por otra parte, permite el estudio de la dimensión práctica: la injusticia hermenéutica y testimonial ya sucedió, y ahora solo es posible impedir que vuelva a perpetuar efectos prácticos de lo ya sucedido. Requiriendo entonces, que el testimonio de la víctima sea realista, neutralizante de prejuicios, y sujeto a evidencias, no tanto a exceso de sentimentalidad.

Entonces, para no retribuir un mal con otro, resulta necesario no evocar sentimentalismos exagerados, o relatos tal vez innecesarios. Arendt, por ejemplo en su estudio, considera que hay que ser realista en el juzgamiento de Eichmann, entendiéndose como una persona común y corriente, ya que todos podemos ser Eichmann si renunciamos al pensamiento reflexivo.

Ambas colocan, de manera diversa, la responsabilidad en los sujetos. Arendt de manera colectiva, más allá del obrar individual, Fricker como un deber de virtuosidad en la inferencia de juicios en el oyente, que permitan percibir el sentimentalismo testimonial y mediante juicios inferenciales obtener resultados neutrales A su vez coinciden, en la consideración de que existen problemas estructurales, más allá de lo visible, en donde el ejercicio del poder y la forma de perpetuarse, permiten que se desarrollen injusticias.

Finalmente entonces, el rol del testimonio de las víctimas de injusticias, resulta relevante para ambas autoras. Pero ello, bajo la consideración de las

discriminaciones estructurales padecidas, y con una escucha activa que omita detalles que obnubilen la búsqueda de justicia.

Este trabajo no pretende ser un estudio cabal del pensamiento de ambas autoras, es solo una propuesta de compatibilización de reflexiones que podrían parecer antagónicas. Tampoco se ha limitado a estudiar la justicia o injusticia del juicio a Eichmann, o realizar un desarrollo de la teoría del derecho y del rol de la moral en este. Sería interesante para un próximo trabajo analizar bajo dichas perspectivas éticas, y en miras al cumplimiento del concepto de justicia propuesto, cómo podrían los tribunales amoldar su propuesta para cumplimentar un juicio verdaderamente justo en testimonios, alegatos y pruebas.

Referencias bibliográficas

Arendt, H. (2024). *Eichmann en Jerusalén* (4ª ed.). Debolsillo.

Femenías, M. L. (2017). *Epistemología feminista: la falacia del conocimiento objetivo*. Arpège - Réseau Genre, société et politique d'égalité.

Femenías, M. L. (2021). Hannah Arendt. En *Ellas lo pensaron antes* (2.ª ed., pp. 237-255). Lea.

Fricker, M. (2017). *Injusticia epistémica*. Herder Editorial.

Goldschmidt, W. (1978). *Introducción filosófica al derecho*. Depalma.

Nelson, D. (2019). Arendt «ironía y atrocidad». En *Las Implacables*. Monte Hermoso Ediciones.

Sánchez Muñoz, C. (2019). *Arendt: Estar (políticamente) en el mundo*. Shackleton Books.

La Universidad en contextos de encierro y el acceso a la justicia: apuntes para una praxis de transformación

Tomas Puppio Zubiría
UNICEN, UNPAZ

Resumen

Este trabajo pretende presentar algunas reflexiones desde la filosofía y sociología jurídica para discutir la relación entre institucionalidad, producción de subjetividades y el acceso a la justicia en el contexto del modelo neoliberal, con especial énfasis en las cárceles en Argentina[56].

La presencia universitaria en contextos de encierro, así como una resignificación posneoliberal del acceso a la justicia que promueva una "burocracia plebeya", se presenta como proyección de nuevas institucionalidades y, como consecuencia, producción de subjetividades críticas. En esa proyección, recuperar el lugar de la educación y el trabajo, con el apoyo de la universidad, resulta fundamental en el horizonte de justicia social y acceso a derechos, que confronta el modelo neoliberal de cárcel depósito y la lógica de exclusión.

1. Introducción: perspectivas y marco de situación

El acceso a la justicia es un concepto complejo y en constante disputa, cuyo significado se encuentra en permanente construcción y expresa luchas hegemónicas sobre el lugar de lo jurídico en la sociedad. Una perspectiva

[56] Este trabajo se inscribe en algunas discusiones que se vienen sosteniendo desde el Grupo de Estudios en Sociología Jurídica Crítica y en el proyecto de investigación PIC-FD 05/26 "Entre el Estado Social de derecho y el neoliberalismo: fronteras del reconocimiento en la institucionalidad judicial". Estas discusiones han pretendido enlazar la práctica académica del autor en la UNICEN, con la actividad de coordinación del programa de educación en contextos de encierro de la Facultad de Derecho de esta universidad y las líneas de investigación allí trabajadas. Se presenta como una síntesis de algunas reflexiones en virtud de las prácticas propias y ajenas antes señaladas junto con los debates suscitados en ambos espacios de discusión.

crítica del derecho se opone a las lecturas jurídicas tradicionales que ignoran su dimensión histórica, social y política, reconociendo su naturaleza inherentemente política y su papel en la reproducción o transformación de las relaciones de poder. Desde esta lectura, el derecho es un conjunto de prácticas sociales discursivas que expresan consensos y disputas vinculadas a relaciones de poder macro y microfísicas.

Este trabajo, enmarcado en la filosofía y sociología jurídica, se concentra en la tensión paradigmática en espacios institucionales concretos, particularmente la cárcel, y cómo el modelo neoliberal transforma al Estado y al sistema penal en instrumentos de control social y gestión de sectores excluidos.

El marco institucional desde donde se abordan estas reflexiones es la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN), cuyo trabajo de educación en contextos de encierro se presenta como un ejemplo de justicia social y exigencia de los sistemas internacionales de DDHH.

2. Marcos de referencia interpretativa: criminología crítica y derecho

Las perspectivas críticas del derecho se desmarcan del iusnaturalismo, que reduce lo jurídico a un derecho natural, y del positivismo, que concibe el derecho como un conjunto de reglas lógicas y autosuficientes, aplicables de manera neutral y objetiva.

En contraposición, el significado de "acceso a la justicia"; es una referencia precaria y contingente que se encuentra en constante construcción y disputa. El discurso jurídico contiene "significantes vacíos" (ej. "justicia", "igualdad", "acceso a la justicia") cuyo significado se construye a través de una "operación política de hegemonía". Las decisiones institucionales del Ministerio Público se movilizan en torno a los sentidos que se asignan a estos significantes abiertos (Semeria, 2022).

Nuestra perspectiva disciplinar se sitúa en la criminología crítica, que entiende al derecho penal como un dispositivo limitante del poder punitivo y piensa la sociedad desde un punto de vista conflictual, como resultado dinámico de las relaciones de poder político-económico.

La criminología positivista ha buscado un fundamento ontológico y natural de la criminalidad (paradigma etiológico); mientras que desde una criminología crítica se niega el carácter ontológico de la criminalidad, viéndola como resultado de procesos de definición. La primera ha estado orientada a

la transformación del individuo a través de un credo terapéutico. Por su parte, la perspectiva crítica ha entendido que la ley no es neutral y el fenómeno criminal es intrínsecamente político. De un lado, se legitimaba el status quo y la ideología de la defensa social; mientras que del otro, se comprende que los sistemas punitivos se conforman en función de un sistema de producción económica (Baratta, 1998).

Si desde una lógica positivista, la represión es una respuesta racional para neutralizar al peligroso; desde una crítica, se apunta a una política criminal de las clases subalternas, aligerando la presión del sistema penal (Baratta, 2004).

La cárcel deviene en "depósito" (Wacquant, 2009), funcional al proyecto neoliberal de producción de cuerpos dóciles y fábrica de excluidos. El sistema penal opera como instrumento de control social y gestión de sectores excluidos. Esta lógica se expresa en securitización y fusión de políticas de seguridad y criminales (Bohm, 2013); actuarialismo o gerenciamiento de riesgos, que clasifica y maneja grupos poblacionales peligrosos; y expansión del aparato penal, que recae sobre sectores vulnerables (Rivera Beiras, 2005).

Un concepto clave de la criminología crítica es el daño social (social harm), que visibiliza la violencia y el sufrimiento generados por el propio sistema socio-económico y las acciones u omisiones del Estado (Bernal y otros, 2012).

3. La universidad en contextos de encierro: una praxis transformadora

El trabajo de la universidad en la cárcel se constituye como un actor que proyecta sentidos críticos en el acceso a la justicia y la resignificación de institucionalidad. La universidad en Argentina es sinónimo de justicia social y motor de ascenso social, y su labor en contextos de encierro (CE) cumple varias finalidades esenciales. Genera un marco de proyección de justicia social; produce conocimiento situado; es condición necesaria para la producción de subjetividades críticas; proyecta el desarrollo propio en ciencia y tecnología y actúa como una política de despliegue educativo en clave integral (grado, investigación y extensión) ante el dispositivo de control de la cárcel.

La presencia universitaria ha significado una nueva institucionalidad, un no espacio penitenciario, distinto a la cárcel y diferente a la universidad tradicional. Esta praxis de transformación se logra también mediante la articulación como actores en instancias judiciales (ej. presentándose en

habeas corpus correctivos colectivos) y la adaptación de los plazos y formas institucionales a los estudiantes alojados.

4. Resignificación de derechos: trabajo y educación

El acceso a la justicia es un derecho y un significante para proyectar horizontes de justicia social, lo que requiere combatir la desigualdad estructural generada principalmente por las carencias en derechos sociales (trabajo, educación, salud).

Frente a la lógica de la "cárcel depósito" y la construcción de subjetividades excluidas, la educación y el trabajo intramuros son elementos fundamentales para la finalidad de la pena privativa de la libertad (García Bores, 2003). Poseer un trabajo formal post-penitenciario permite la incorporación a una manera de ejercicio de derechos (seguridad social y otros DESC).

La propuesta para superar la contradicción de las políticas estatales que dificultan la inserción laboral de quienes egresan del ámbito penitenciario pasa por entender la igualdad ante la ley desde una perspectiva de grupos o colectiva. El Derecho Social se inscribe como un instrumento de transacción y solidaridad que busca la distribución justa de cargas y beneficios, posibilitando el reconocimiento legal de grupos o colectivos como sujetos de derechos y operando con preferencias y discriminaciones positivas para corregir desigualdades.

5. El Ministerio Público y los dispositivos de acceso a la justicia

El Ministerio Público, en su rol constitucional de defensa de los intereses generales de la sociedad, se encuentra en una encrucijada crítica entre la lógica punitivista tradicional y el paradigma de los derechos humanos (Giuffre, 2015).

El paradigma de los derechos humanos exige un compromiso ético y político con la justicia social y la protección activa de los derechos de los grupos vulnerables. La sociología jurídico penal recuerda que el sistema de justicia no es neutral y a menudo reproduce desigualdades, criminalizando selectivamente a los sectores más vulnerables. La selectividad del poder punitivo busca normalizar a ciertos sujetos o producir cuerpos dóciles (Foucault, 1991).

Para ser un garante del acceso a la justicia social, el Ministerio Público debe desandar las lógicas punitivistas y tecnocráticas, y asumir una postura que desafíe la equiparación entre hacer justicia y aplicar el derecho (Axat, 2014).

Los dispositivos de acceso a la justicia en Argentina, como los Centros de Acceso a la Justicia (CAJ) y las Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia (ATAJO), surgidos en contextos políticos post-neoliberales, representan un intento de acercar el sistema de justicia a la ciudadanía y entender el acceso a la justicia como inclusión social. Las características de estos dispositivos incluyen espacios institucionales en territorios vulnerabilizados; atención legal primaria gratuita y equipos multidisciplinarios; énfasis en la ampliación de derechos y el diagnóstico/acción interdisciplinaria. Intento de superar barreras geográficas, horarias, lingüísticas y culturales.

Estos dispositivos encarnan una burocracia plebeya (Tiscornia, 2014) que se caracteriza por su cercanía, horizontalidad y compromiso con la justicia social; pone en funcionamiento la la institucionalidad estatal desde otro lugar; busca empoderar a la ciudadanía en lugar de controlarla. Su trabajo intenta atender los problemas de desigualdad estructural como fundamento de los procesos de criminalización, proponiéndose como regla de acceso a la justicia generar oportunidades para los sectores más pobres de la sociedad.

6. Conclusiones

Desde las perspectivas críticas del derecho y la sociología jurídica, se abren posibilidades para pensar nuevas institucionalidades que se hagan cargo de la complejidad de los problemas sociales.

La acción de la UNICEN en las cárceles y el desarrollo de dispositivos como los CAJ y ATAJO constituyen vestigios de estos cambios, revelando un potencial transformador. Esto implica un compromiso constante con la visibilización del daño social, la lucha contra la selectividad del poder punitivo y la construcción de instituciones estatales que respondan a las necesidades de los sectores más vulnerabilizados (Fraser, 2005). La disputa por la construcción social de subjetividades con proyectos de vida en el sentido que se le brinda a la institución carcelaria y al acceso a la justicia está abierta.

Referencias bibliográficas

Axat, J. (2014). El Programa de Acceso Comunitario a la Justicia del Ministerio Público Fiscal. Una nueva forma de intervenir en el territorio. *Revista Jurídica De La Universidad De Palermo*, *14*(1), 201–216. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14- N1_09.pdf

Baratta, A. (1998). El Estado mestizo y la ciudadanía plural: Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza. En L. Bazzicalupo y R. Villa (Eds.), *Il dilemma della cittadinanza*. Il Mulino.

Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a la sociología jurídico-penal* (Á. Búnster, Trad.). Siglo XXI Editores.

Bernal Sarmiento, C., Cabezas, S., Forero C., A., Rivera Beiras, I., y Vidal Tamayo., I. (2012). Debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. *Revista Derecho Penal y Criminología*, *2(6)*, 147-160.

Bohm, M. L. (2013). Políticas de seguridad y neoliberalismo. En A. Fernández Steinko (Comp.), *Delincuencia, finanzas y globalización*. Centro de Investigaciones Sociológicas.

Foucault, M. (1991). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI.

Faser, N. (2005). Justicia distributiva y justicia del reconocimiento. En N. Fraser y A. Honneth *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico.* Morata.

García Borés, J. (2003). El impacto carcelario. En R. Bergalli (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales* (pp. 396-425). Tirant lo Blanch.

Giuffré, L. (2015). *El Ministerio Público en la Argentina: Independencia y control.* Ad-Hoc.

Rivera Beiras, I. (2005). *La cuestión criminal: Historia, epistemología y política criminal.* Editores del Puerto.

Ruiz, C. (2007). *La política criminal en el siglo XXI.* Ad-Hoc.

Semeria, E. (2022). *Notas para pensar el rol del Ministerio Público Fiscal no Penal: Hegemonía y orden público.* Editorial Dialéctica.

Tiscornia, S. (2014). *Burocracias y violencias: Estudios de antropología jurídica.* Antropofagia.

Wacquant, L. (2009). *Castigar a los pobres: El nuevo gobierno de la inseguridad social.* Gedisa.

La emersión de los cuidados como objeto de estudio autónomo. Construcciones teóricas frente a la injusticia epistémica

Florencia Vazzano
UNICEN

Resumen

El presente trabajo muestra la relación entre los aportes de la filósofa Miranda Fricker sobre su concepto de injusticia epistémica y el surgimiento de los cuidados como un tema de estudio autónomo dentro de las ciencias sociales. La emersión de los cuidados como construcción teórica que arroja luz sobre las actividades históricamente realizadas por mujeres dentro del "espacio privado" ha permitido la creación de un conjunto de recursos hermenéuticos -en los términos de Fricker- para una adecuada comprensión de experiencias femeninas que antes estuvieron invisibilizadas (Fricker, 2017).

En su célebre obra "Injusticia epistémica: poder y ética del conocimiento" (2007)[57] Fricker afirma que existe un tipo de injusticia que es epistémica, aquella que se presenta cuando se daña a una persona en su calidad de sujeto portador de conocimiento (Fricker, 2017). Plantea dos tipos de injusticias epistémicas: la testimonial y la hermenéutica. La primera, como aquella que se produce cuando un prejuicio identitario lleva a un oyente a conferir a las palabras de la persona hablante un grado de credibilidad disminuido; la segunda, como aquella que se presenta cuando una brecha en los recursos de interpretación sitúa a una persona o grupos en una situación de desventaja injusta relativa a la comprensión de sus experiencias sociales. Esta última noción nos permite mirar retrospectivamente la historia y observar los vacíos hermenéuticos colectivos que han impedido la comprensión de muchas de las realidades femeninas (Fricker, 2017).

Hoy el estudio de los cuidados como componente esencial para la sostenibilidad de la vida, como un trabajo, y como derecho humano autónomo le han otorgado una centralidad que permite poner frenos a situaciones de injusticia hermenéutica, tantas veces cometidas por la invisibilidad de

[57] Posteriormente traducida al castellano y publicada por la editorial Herder.

los trabajos no remunerados frente al hegemónico mundo del "trabajo productivo" (Pautassi, 2007; Batthyany, 2020).

1. Introducción

El presente trabajo muestra la relación entre los aportes de Miranda Fricker relativos a su concepto de *injusticia epistémica* y el surgimiento de los *cuidados* como un tema de estudio autónomo dentro de las ciencias sociales a partir de los cuestionamientos y las contribuciones de sectores feministas[58]. Especialmente, el propósito de esta ponencia es poner de resalto que la emersión del cuidado como constructo teórico que arroja luz sobre las actividades históricamente realizadas por mujeres dentro del "espacio privado" ha permitido la creación de un conjunto de recursos hermenéuticos -en los términos de Fricker- para una adecuada comprensión de experiencias femeninas que antes estuvieron invisibilizadas (Fricker, 2017).

Miranda Fricker es una filósofa inglesa reconocida por sus aportes en el campo de la ética, la epistemología social, la filosofía feminista y la filosofía política. En su célebre obra "*Injusticia epistémica: poder y ética del conocimiento*" (2007)[59], la autora afirma que existe un tipo de injusticia que es específicamente epistémica, que es aquella que se produce cuando se causa un daño a una persona en su calidad de sujeto portador de conocimiento, de informante (Fricker, 2017).

A Fricker le preocupa que la epistemología en su versión tradicional no ha tenido un marco teórico dirigido a develar las aristas éticas y políticas de las prácticas epistémicas, lo mismo respecto de la ética, en cuanto no ha incluido en su ámbito de estudio a la conducta epistémica (Páez, 2022). Desde estas ideas, la autora teoriza sobre dos tipos de injusticias epistémicas: la *testimonial* y la *hermenéutica*. La primera, como aquella que se produce cuando un prejuicio identitario lleva a un oyente a conferir a las palabras de la persona hablante un grado de credibilidad disminuido; la segunda, como aquella que se presenta cuando una brecha en los recursos de interpretación sitúa a una persona o grupos en una situación de desventaja injusta relativa a la comprensión de sus experiencias sociales. Especialmente esta última es la que interesa

[58] Esta ponencia se enmarca en el Proyecto de Investigación PIC-FD "Pensar para proteger: hacia una iusfilosofía aplicada en clave de género y disidencias sexuales", desarrollado durante el año 2025 en la Facultad de Derecho, Unicen.

[59] Posteriormente traducida al castellano y publicada por la editorial Herder. La versión que se sigue en este trabajo es de 2017.

a los fines de los propósitos de esta ponencia, en cuanto permite mirar retrospectivamente la historia y observar los vacíos hermenéuticos colectivos que han impedido la comprensión de las experiencias femeninas y la posibilidad de darles un sentido social (Fricker, 2017).

En base a estas ideas, el presente trabajo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se desarrollan los principales aportes de Miranda Fricker acerca de su concepto de injusticia epistémica; en segundo lugar, se describen algunas de las contribuciones teóricas del feminismo que han llevado a posicionar al cuidado como un asunto de estudio autónomo dentro de las ciencias sociales, y sin pretensiones de efectuar un desarrollo extenso de tales aportes se hace especial referencia a los desarrollos provenientes de la Economía y del Derecho; en tercer lugar, algunas reflexiones finales que se derivan del cruce entre las construcciones teóricas trabajadas.

2. Los aportes de Miranda Fricker: su concepto de injusticia epistémica

Miranda Fricker, filósofa nacida el 12 de marzo de 1966 en Inglaterra. Doctora en Filosofía por la Universidad de Oxford (1996), Profesora de Filosofía en la Universidad de la Ciudad de Nueva York (CUNY) y en la Universidad de Sheffield (Inglaterra). Reconocida por sus aportes en el campo de la ética, la epistemología social, la filosofía feminista y la filosofía política. En su obra "*Injusticia epistémica: poder y ética del conocimiento*", afirma que existe un tipo de injusticia que es específicamente epistémica, que es diferente de la injusticia distributiva, relacionada a bienes epistémicos, como educación o información, en la que nos preguntamos si todos reciben una cuota correspondiente a ellos (Fricker, 2017). Lo que le interesa puntualmente a la autora es aquella que se produce en la esfera del conocimiento (Páez, 2022). De allí, la denominación "injusticia epistémica", concepto mediante el cual pretende visibilizar que hay situaciones en las que se puede causar un daño a una persona en su calidad de sujeto portador de conocimiento, de informante.

Miranda Fricker se centra en la dimensión ética de la epistemología para proponer un giro en el análisis: no pone el foco sobre la justicia sino sobre su contraparte, la injusticia… (Páez, 2022, p. 115). Deja a la luz que "*tanto se ha estudiado sobre la justicia cuando realmente la injusticia en muchos casos suele ser la regla más que la excepción*" (Páez, 2022, p. 115).

Desde estas ideas, Fricker teoriza sobre dos tipos de injusticias epistémicas: la *testimonial* y la *hermenéutica*. La primera, como aquella que se produce

cuando un prejuicio identitario lleva a un oyente a conferir a las palabras del hablante un grado de credibilidad disminuido; la segunda, como aquella que se produce cuando una brecha en los recursos de interpretación colectivos sitúa a una persona o grupos en una situación de desventaja injusta relativa a la comprensión de sus experiencias sociales.

A Fricker le preocupa que la epistemología en su versión tradicional no ha tenido un marco teórico dirigido a develar las aristas éticas y políticas de las prácticas epistémicas, lo mismo respecto de la ética, en cuanto no ha incluido en su ámbito de estudio a la conducta epistémica. De allí que plantea la necesidad de una *epistemología de la virtud* para arrojar luz sobre estas cuestiones, desde la intersección entre ambas regiones de la Filosofía (ética y epistemología), y haciendo hincapié en las prácticas epistémicas socialmente situadas, así como en la incidencia que tiene el poder social sobre las mismas (Páez, 2022).

Como propuesta de superación de las dos clases de injusticia que desarrolla, la filósofa aborda la idea de *virtud testimonial* y de *virtud hermenéutica,* dos virtudes ético-intelectuales mediante las cuales el sujeto oyente corrige su juicio de credibilidad respecto de la información de la persona hablante o su juicio de comprensibilidad en el caso de la injusticia hermenéutica. Sin perder de vista que su ejercicio encuentra límites provenientes de las estructuras de poder desigual y de prejuicios sistémicos, por eso, su desarrollo no sólo necesita de oyentes virtuosos, sino también de cambios políticos y sociales. Fricker afirma: "*en cuestiones de injusticia epistémica lo ético es político*" (Fricker, 2017, p. 13).

2.1. Poder identitario e injusticia testimonial

En el primer capítulo de su libro, Fricker aborda la noción de *poder identitario* como una subespecie del poder social, es decir de aquel que la autora define como la capacidad socialmente situada para controlar los actos de los demás, que puede ser ejercida por agentes concretos o que puede operar de forma estructural. El poder identitario puntualmente es una especie de ese género, que se construye en el marco de concepciones colectivas respecto de las identidades. Se trata de un poder cuyo ejercicio responde a una determinada concepción viva en la imaginación social colectiva que establece, por ejemplo, lo que es o significa ser una mujer o hombre, o lo que es o significa ser gay o heterosexual, joven o viejo, etc. (Fricker, 2017).

El concepto de poder identitario resulta central en la teoría de esta filósofa porque desde allí plantea que el supuesto central de la injusticia *testimonial* se presenta cuando en virtud de un *prejuicio identitario* un oyente atribuye a la

persona hablante una credibilidad disminuida en su palabra[60], produciéndole un daño en su calidad de informante, por ejemplo, dice la autora, como cuando la policía no cree en el relato de una persona por el hecho de ser negra.

Fricker señala que si observamos la historia podemos encontrar infinidad de ejemplos de prejuicios, como aquel que indica que las mujeres son irracionales, los negros inferiores a los blancos desde el punto de vista intelectual, las clases trabajadoras moralmente inferiores a las clases altas, etc.

Los prejuicios identitarios que han nacido en el imaginario social inciden en el juicio de credibilidad que hace el oyente respecto de la persona portadora del conocimiento[61]. Esto causa una injusticia respecto del testimonio de ese sujeto, que a su vez se suele enmarcar en un contexto más amplio de injusticias sociales que el mismo padece, dando lugar a injusticias sistemáticas.

Como propuesta de superación de la injusticia testimonial, Fricker plantea –como parte de su epistemología de la virtud- que es necesario entrenar, de manera individual y colectiva, la *sensibilidad testimonial.* El entrenamiento consiste en la práctica de observar intercambios testimoniales y posteriormente participar de los mismos, convertirlo en un hábito. La experiencia adquirida por la observación y la intervención permitirá al oyente corregir su juicio de credibilidad respecto del hablante cuando advierte que se está dejando llevar por un prejuicio identitario; asimismo para corregir necesita también la reflexión activa[62]. Esta idea de corrección que plantea Fricker (2017) la lleva a proponer el concepto de *virtud de la justicia testimonial,* una virtud en sentido aristotélico, que necesita del hábito y del intelecto para su realización humana. No obstante, advierte la autora, que el ejercicio de esta virtud se sitúa siempre en un contexto repleto de prejuicios identitarios que pujan por intervenir en

[60] También la autora refiere al supuesto en que el oyente atribuya más credibilidad de la que se otorgaría en otras condiciones (credibilidad en exceso). Pero este supuesto no le preocupa porque en principio puede tener un efecto ventajoso para el hablante, en cambio el déficit de credibilidad suele ser perjudicial .

[61] El déficit de credibilidad también podría obedecer a un error inocente, como cuando el oyente se encuentra inmerso en una falsa creencia, en sí misma no culpable desde el punto de vista ético y epistémico. Por ejemplo, dice Fricker, imaginemos el supuesto de un oyente, especialista en ética, que sabe que su interlocutor es una personalidad destacada en una cierta institución, y tras haberla buscado en la página web cree que es médico, porque su nombre aparecía bajo el epígrafe de ciencias médicas. El hablante aborda un tema de debate ético y el oyente le atribuye una credibilidad inferior de la que le habría concedido si hubiera sabido que no es médico sino un colega especializado en ética. Esta situación a la autora no le preocupa porque no implica un insulto o menoscabo al hablante, es tan sólo un error inocente del oyente.

[62] También la corrección se puede dar de un modo espontáneo, cuando el oyente alcanza un mayor grado de familiariedad en el transcurso de la conversación o un conocimiento más prolongado del hablante, que hacen que el prejuicio en su juicio de credibilidad desaparezca y corrige de modo espontáneo.

nuestro juicio de credibilidad, de allí que la figura del oyente virtuoso es aquel que logra corregir esa influencia del exterior.

2.2. Injusticia hermenéutica

En el capítulo 7, Fricker (2017) aborda la clase de injusticia que denomina *hermenéutica*, esto es, aquella que se origina ante una carencia en los recursos de interpretación social acerca de ciertas vivencias o experiencias de personas o grupos.

La pensadora sostiene que las relaciones de poder desigual pueden sesgar los recursos hermenéuticos, de modo que los poderosos suelen contar con las interpretaciones apropiadas de sus propias experiencias, y los grupos más desfavorecidos quedar ubicados en situaciones de marginación hermenéutica, es decir, respecto de las cuales hay un vacío hermenéutico colectivo que impide la comprensión de sus experiencias y la posibilidad de darles un sentido social. Pueden darse dos supuestos a los ojos de la autora: las experiencias sociales de los grupos más desfavorecidos quedan conceptualizadas de manera inadecuada, por ende, son mal interpretadas, incluso por los propios sujetos. O habiendo una comprensión adecuada del contenido de sus experiencias, los intentos de comunicación por parte de estos grupos no se consideran racionales debido a una interpretación inadecuada del estilo en que se expresan.

En la historia, dice Fricker (2017) buena parte de las experiencias de las mujeres era extraña, experiencias que no tenían nombre, el proceso de compartir estas experiencias por parte del movimiento feminista despertó recursos hasta el momento adormecidos que permitieron otorgarles un sentido social a esas experiencias. Las mujeres han sido colectivamente capaces de superar los hábitos de interpretación social rutinarios existentes y obtener interpretaciones excepcionales de algunas de sus vivencias previamente ocluidas.

Como ejemplos de estas ideas, Fricker recoge dos relatos de la escritora y activista feminista estadounidense Susan Brownmiller, quien en su crónica autobiográfica cuenta la historia de Wendy Sanford, perteneciente a una familia republicana de clase alta que lidiaba con depresión luego del nacimiento de su hijo. A finales de la década del 60' concurre a un taller universitario de temas médicos y sexuales de las mujeres y allí descubre que aquello que estaba viviendo tenía un nombre: *depresión posparto*. Wendy dijo "descubrí que aquello de lo que me estaba culpando a mí misma, y de lo que mi esposo me

culpaba, no era una deficiencia personal. Era una combinación de cuestiones psicológicas y un asunto social real: el aislamiento".

Por otro lado, la misma escritora relata la historia de Carmita Wood, una empleada universitaria, de clase media, único sustento de sus dos hijos. Un distinguido profesor de la universidad donde trabajaba la acosaba permanentemente. Carmita concurre a un seminario y encuentra que otras mujeres habían pasado por una experiencia parecida en algún momento. Todas juntas deciden romper el silencio sobre "eso" que no tenía nombre, hasta que se les ocurre llamarlo ¡acoso sexual!.

A partir de estos relatos particulares, Fricker (2017) pretende poner de resalto que muchas de las experiencias de las mujeres han sido incomprendidas antes de que existiera un concepto analítico que permita nombrar e interpretar adecuadamente a nivel social esas experiencias, y que incluso permita a las propias mujeres transmitirlas a otros de manera inteligible.

Luego también Fricker (2017) advierte que es importante observar las condiciones sociales de fondo en las que se inserta la laguna hermenéutica, por ejemplo, señala, la situación de las mujeres en la época de la segunda ola del feminismo era todavía una situación de marcada indefensión respecto de los hombres. También es importante advertir que la marginación hermenéutica conduce a injusticias sistemáticas, porque forman parte y repercuten en variados ámbitos de la vida de esos grupos.

Para paliar esta situación propone el desarrollo de la *virtud de la justicia hermenéutica*, que es aquella que se logra cuando el sujeto oyente desarrolla una *sensibilidad crítica reflexiva*, es decir, aquella que le permite mantenerse en alerta frente a la posibilidad de que la incomprensión que pueda atribuir a la información del hablante responda a un empobrecimiento hermenéutico colectivo, y entonces pueda suspender o ajustar convenientemente su juicio de credibilidad.

3. El cuidado como objeto de estudio. Teorizaciones frente a la injusticia epistémica

El estudio de los cuidados como un componente esencial para la sostenibilidad de la vida, como un trabajo, y como un derecho humano autónomo han dotado al campo de las ciencias sociales de constructos teóricos que hoy permiten nombrar y dar sentido social a las experiencias de las mujeres vinculadas a la provisión cotidiana de bienestar físico, afectivo y emocional en

favor de otros integrantes de la familia, e incluso de tareas fuera de su ámbito (contemplando en este caso el cuidado extrafamiliar) (Pautassi, 2007).

Durante la década del 70' y 80', el concepto de cuidado estuvo integrado a la noción de *trabajo doméstico*, en ese marco su estudio no ocupaba un lugar central, lo que se buscaba era visibilizar las actividades realizadas por las mujeres dentro del hogar identificándolas como un *trabajo* que contribuye al bienestar familiar y social, de allí que también se utilizó la expresión *trabajo no remunerado* (Batthyany, 2020). La noción de trabajo doméstico surgió a partir de planteos feministas en diálogo con la teoría marxista, con el fin de poner de resalto un tipo de trabajo -no remunerado- en el proceso de acumulación capitalista, y la explotación de las mujeres por parte de los capitalistas y de sus esposos (Rodríguez Enríquez, 2015).

Con el tiempo, los estudios sobre el trabajo no remunerado se fueron multiplicando y complejizando, mostrando su vinculación con la división sexual del trabajo y con la distinción entre la esfera productiva y la reproductiva. En ese proceso de análisis del trabajo no remunerado, el cuidado se fue separando de estos conceptos más amplios que constituyeron sus marcos hasta alcanzar un abordaje autónomo, un campo de conocimiento distinto. Ya para la década del 90' se consolidó la corriente de la *Economía Feminista*, integrada por economistas interesadas en poner en crisis las bases tradicionales de su disciplina, en especial, efectuar críticas a los postulados de la teoría neoclásica que atribuye al hombre económico (*homo economicus*) características que considera universales para la especie humana, pero que sin embargo son propias de un ser humano varón, blanco, adulto, heterosexual, sano, de ingresos medios (Rodríguez Enríquez, 2015).

La Economía Feminista ha obtenido importantes desarrollos en América Latina, y si bien no constituye una escuela de pensamiento homogéneo, sus ideas presentan un común denominador: la incorporación del género en la explicación del funcionamiento de la economía y el estudio de la diferente posición de los varones y las mujeres como agentes económicos y sujetos de las políticas económicas (Rodríguez Enríquez, 2015).

La Economía feminista no sólo observa lo que históricamente sucede en el "espacio privado" en relación al cuidado ejercido fundamentalmente por mujeres, sino también aquello que está arraigado en el "espacio público", en cuanto a la menor y peor participación laboral de las mujeres, la existencia de brechas de género en los ingresos laborales, los procesos de segregación de género horizontal (por rama de actividad) y vertical (por jerarquía de las ocupaciones), la concentración de las mujeres en ámbitos de precariedad laboral y desprotección social (Rodríguez Enríquez, 2015).

Los desarrollos de esta perspectiva feminista desplazan al mercado de su lugar hegemónico y asignan al cuidado una centralidad antes impensada, asociada con la *sostenibilidad de la vida*. Y lo interesante a los fines de esta ponencia es que las pensadoras de esta corriente recogieron el debate existente al interior del feminismo relativo al trabajo doméstico, pero no se quedaron con este concepto, avanzaron hacia la emersión de nuevos constructos teóricos que fueron consolidando los recursos hermenéuticos que hoy permiten nombrar a un conjunto de tareas históricamente femeninas como ejercicio de cuidado. Dentro de esos conceptos centrales se encuentra el de *economía del cuidado,* y el de *organización social del cuidado*. El primero busca poner de resalto que el desarrollo del cuidado es un trabajo que produce o contribuye a producir un valor económico, pero que sin embargo fue ocultado dentro de la economía capitalista. Su realización reproduce la fuerza laboral (los trabajadores reciben en el interior del hogar alimentación, higiene, descanso, y a la vez se los libera de responsabilidades de cuidado de otros integrantes del grupo familiar). Aunque tal concepto está en permanente discusión, en general y en un sentido amplio abarca el conjunto de actividades y prácticas que se tornan necesarias para la supervivencia cotidiana de las personas, en particular personas dependientes por su edad o por sus condiciones/capacidades (niños y niñas, personas mayores, enfermas o con discapacidades). Comprende el autocuidado, el cuidado directo de otras personas (la actividad interpersonal de cuidado), la provisión de las precondiciones en que se realiza el cuidado (la limpieza de la casa, la compra y preparación de alimentos) y la gestión del cuidado (coordinación de horarios, traslados a centros educativos y a otras instituciones, supervisión del trabajo de cuidadoras remuneradas, entre otros). (Rodríguez Enríquez, 2015).

El segundo concepto, el de *organización social del cuidado*, permite dar cuenta de la desigual distribución que ha existido y existe respecto del desarrollo del cuidado, en tanto se ha concentrado tradicionalmente en la familia, relegando las responsabilidades de cuidado a cargo del Estado, del mercado y de la comunidad, y a su vez, al interior de la familia se ha pensado como tarea exclusiva de las mujeres (Rodríguez Enríquez, 2015).

La noción de organización social del cuidado se vincula con la de *diamante de cuidado* (Razavi, 2007, citada por Pautassi, 2025) que responde al interrogante: ¿quiénes cuidan?, permitiendo como respuesta afirmar que son cuatro los actores obligados: familia, Estado, mercado, comunidad, dando cuenta además de las interacciones entre los mismos a partir de una sucesión de actividades, trabajos y responsabilidades (Espino, 2021).

Cuando el cuidado se aborda como parte de una organización social ello implica trascender el ámbito de los hogares y contemplar todos los ámbi-

tos en los que se desarrolla, sea en instituciones públicas, privadas, comunitarias, mediante un cuidado directo o indirecto. En cualquiera de esos espacios, los cuidados pueden ser remunerados o no, y ofrecerse como parte de un servicio público o mercantil. Estas construcciones teóricas dejan en escena cada una de las modalidades en que se desarrolla el cuidado y revelan que las principales proveedoras son las mujeres, muchas de las cuales realizan trabajo de cuidados remunerado en condiciones precarias y sin protección social (Faur, 2024)[63].

En suma, los constructos teóricos mencionados constituyen, en términos de Fricker, recursos de interpretación social que permiten a las mujeres de este tiempo comunicar, transmitir adecuadamente sus propias experiencias vinculadas al cuidado, mostrar que el mismo produce un valor económico que hoy debe ser reconocido socialmente; que no existen aptitudes naturales femeninas que determinen su mejor condición para el cuidado; que la injusta distribución social del cuidado ha llevado al afianzamiento de profundas situaciones de desigualdad y discriminación que antes no podían ser advertidas colectivamente debido a la centralidad del "espacio público" y a la división de roles femeninos y masculinos.

Por otro lado, es importante destacar los importantísimos avances conceptuales al interior del mundo del Derecho, que han llevado a reconocer al cuidado como un *derecho humano*. En este trabajo se siguen los desarrollos de Laura Pautassi, quien viene realizando importantes contribuciones teóricas en torno al reconocimiento del cuidado en tres aristas o dimensiones: como derecho a cuidar, a ser cuidado y como autocuidado. En sus primeros trabajos sobre la temática, Pautassi (2007) introdujo la idea de que el cuidado es un derecho humano de cada persona que surge del "corpus" de derechos humanos de los distintos instrumentos internacionales y de sus interpretaciones por parte de los organismos de la comunidad internacional. Y a posicionarlo desde una mirada que entrelaza la investigación jurídica con la verificación empírica y al Derecho con las políticas públicas.

La producción conceptual de América Latina ha sido clave para la emersión de los cuidados dentro del mundo del Derecho, como un problema de ejercicio de derechos y de desigualdad estructural, que reclama su reconocimiento en la agenda pública. La literatura del feminismo latinoamericano

[63] Dentro de este complejo entramado de los cuidados, merece una especial atención el cuidado comunitario, que como tal permanece en las sombras, sin reconocimiento ni protección, pero que no obstante se despliega frecuentemente mediante actividades varias: tareas de educación, socialización, alimentación, cocina, contención, etc. Se realiza de manera cotidiana y muy habitualmente en beneficio de vecinos o vecinas o personas cercanas a la zona o barrio en que se desarrolla, destinado al sostenimiento y a la dignidad de la vida.

ha aportado valiosos recursos hermenéuticos que distan mucho de aquellos introducidos por Carol Gilligan en la década del 80 vinculados al cuidado como un problema moral o ético (Pautassi, 2025)[64].

El activismo feminista en América Latina resultó central para romper con enfoques tradicionales y despertar interpretaciones hasta el momento "excepcionales" de algunas de las vivencias de las mujeres previamente ocluidas (Fricker, 2017).

Se fue gestando un proceso de recepción de las demandas de los movimientos feministas vinculadas al cuidado dentro de un marco de cierta institucionalidad (ministerios de las mujeres, secretarías o áreas de género), y como consecuencia de ello un camino de consensos sociales y políticos que permitieron instalar el tema de los cuidados dentro de la agenda pública (Brocca y Pautassi, 2024). El primer acuerdo a nivel regional donde se reconoció el valor económico del trabajo no remunerado y al cuidado como un asunto público fue el *Consenso de Quito* (2007), en la X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe[65], luego el *Consenso de Brasilia* (2010) en la XI Conferencia se refirió al cuidado como un derecho de todas las personas y al fortalecimiento de políticas y servicios universales de cuidado. Desde allí se avanzó con sucesivos acuerdos llegando al *Compromiso de Buenos Aires* (2022) en la XV Conferencia, que introdujo la noción de sociedad del cuidado, mediante la cual los Estados acordaron el tránsito hacia un nuevo estilo de desarrollo que priorice la sostenibilidad de la vida y del planeta y reconozca a los cuidados como derecho humano. Y finalmente el *Consenso de México* (2025) donde se hace referencia al impulso de políticas de cuidado con enfoque de interseccionalidad e interculturalidad, que reconozcan la diversidad de las personas que proveen y requieren cuidados.

El cuidado se posicionó con carácter de asunto público y de estudio autónomo, tanto desde la perspectiva de las personas que cuidan, arrojándose luz sobre una realidad históricamente arraigada: que sólo a las mujeres se las ha responsabilizado como cuidadoras principales (Brocca y Pautassi, 2024); como desde la perspectiva de las personas que requieren cuidados, y en este caso se fue cruzando con la demanda de especial protección de los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, las personas

[64] La ética del cuidado de Carol Gilligan sitúa a las mujeres dentro de la esfera del cuidado como actividad que les pertenece por ser ellas quienes revelan un razonamiento moral y empático, en contraposición a la ética de la justicia reservada a los hombres como seres racionales. Puede verse Brocca y Gómez Iriondo (2024).

[65] Constituye un órgano subsidiario regional que se reúne cada 3 años y cuya secretaría ejecutiva se encuentra en la División de Asuntos de Género de la Comisión Económica de América Latina y el Caribe.

mayores, las personas LGBTIQ+ (Pautassi, 2024). En este marco jurídico, se comenzó a plantear que el cuidado atraviesa todos los ciclos de la vida (Brocca y Pautassi, 2024), en los primeros años de vida, no es posible ejercer el autocuidado, se requiere de otros para poder subsistir, a medida que la persona crece va ganando autonomía, pero siempre necesita del cuidado de otros porque la autorrealización y autocuidado se realiza en un contexto familiar y comunitario de colaboración recíproca y permanente, al llegar a la vejez la autonomía comienza a disminuir, debido a los cambios físicos y psíquicos que presupone el hecho de envejecer, y allí también es necesaria la asistencia y cuidados de los demás (Vazzano, 2025).

Es importante destacar que, dentro de las fuentes formales del Derecho, la *Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de la Personas Mayores* de 2015 fue el primer instrumento internacional que incorporó de manera expresa al cuidado como un derecho humano. El *art. 3 inc. f* lo incluye dentro de los principios jurídicos que iluminan todo el articulado de la Convención (principio de bienestar y cuidado), y *el inc. o* alude a la corresponsabilidad estatal, familiar y comunitaria en el cuidado y atención de la persona mayor, recogiendo de este modo la noción de organización social del cuidado o diamante de cuidado. El *art. 6* relativo al derecho a la vida y a la dignidad en la vejez prevé la obligación del Estado de adoptar medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, proyectando de este modo el deber estatal de brindar servicios de cuidado extra-hogar a los cuales sea posible acudir para descomprimir las sobrecargas familiares, de las mujeres particularmente considerando que son ellas quienes asumen estas tareas. El *art. 12* consagra el derecho a un sistema integral de cuidados de largo plazo, que tenga en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor. Dentro de las obligaciones estatales establece aquella que implica el apoyo a las familias y cuidadores, mediante servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, todo cual alude nuevamente al aseguramiento del cuidado extra-hogar. Esto mismo surge también del *art. 24* sobre derecho a la vivienda, que incluye el deber de servicios de cuidados domiciliarios que permitan a la persona mayor residir en su propio domicilio conforme a su voluntad.

Más allá de estas disposiciones puntuales de la Convención, en general, en el ámbito de los derechos de las personas mayores, el abordaje del cuidado desde el Derecho de la Vejez se realiza desde un enfoque complejo e integral (Dabove, 2022), siendo parte de los *derechos de asistencia y protección,* que

comprende sistemas prestacionales de salud (públicos, privados, sindicales), los cuidados domiciliarios y en residencias gerontológicas, el derecho a la seguridad social y previsional y el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales (Dabove, 2018).

En suma, el surgimiento de nuevos recursos colectivos de interpretación de las actividades históricamente femeninas que hoy se designan como ejercicio de cuidados constituye el resultado de un entramado de luchas de sectores feministas y de consensos entre los Estados de la región, de voluntades políticas y consensos al interior de los Estados que llevaron a modificar leyes internas, como en nuestro caso con la sanción del Código Civil y Comercial que reconoce el valor económico del cuidado, aunque como advierte Pautassi (2018) ello no se ha volcado con la misma fuerza aún en las normas laborales, de la seguridad social o de los sistemas no contributivos. A ello se suman, los avances en la academia y la acción política relativos a los derechos humanos de sectores o grupos específicos (personas mayores, con discapacidades, niños, niñas, adolescentes, disidencias sexuales).

Como parte de este proceso de cambio de los enfoques tradicionales en la región, no se puede dejar de mencionar que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su reciente Opinión Consultiva nº 31 se ha expresado sobre el cuidado reconociéndolo como derecho humano autónomo que comprende el derecho de toda persona de contar con el tiempo, espacios y recursos necesarios para brindar, recibir o procurarse condiciones que aseguren su bienestar integral y le permitan desarrollar libremente su proyecto de vida, de acuerdo con sus capacidades y etapa vital. Que representa una actividad humana con valor intrínseco y un elemento esencial para el fortalecimiento de los vínculos entre las personas y la cohesión social (Corte IDH, O.C nº 31, 12/6/2025).

Lo expuesto hasta aquí, sin pretensiones de agotar todas las contribuciones que posibilitaron que el cuidado pueda desprenderse de otros marcos conceptuales, muestra su centralidad conquistada a partir de la producción académica y la fuerza del activismo feminista y de las voluntades y compromisos de esta región. Siguiendo las ideas de Pautassi (2025), es recién en el siglo XXI que los cuidados logran emerger, luego de una larga tradición de oscuridad patriarcal, obteniendo un lugar en la agenda pública regional, y en el debate de los derechos humanos. Este nuevo lugar permite poner frenos a situaciones de injusticia hermenéutica, tantas veces cometidas por su invisibilidad frente al hegemónico mundo del "trabajo productivo".

4. Reflexiones finales

El estudio de los cuidados como un componente esencial para la sostenibilidad de la vida y del planeta, como un trabajo, y como un derecho humano autónomo han dotado al campo de las ciencias sociales de constructos teóricos que hoy permiten nombrar y dar sentido social a las experiencias de las mujeres vinculadas a la provisión cotidiana de bienestar físico, afectivo y emocional en favor de otros integrantes de la familia, e incluso de tareas fuera de su ámbito (contemplando en este caso el cuidado extrafamiliar) (Pautassi, 2007).

Los constructos teóricos mencionados constituyen, en términos de Miranda Fricker, recursos de interpretación social que permiten a las mujeres de este tiempo comunicar, transmitir adecuadamente sus propias experiencias vinculadas al cuidado y una nueva comprensión colectiva acerca de actividades tendientes a sostener la vida y el bienestar familiar y comunitario, históricamente marginadas por la centralidad del mercado y del trabajo productivo (remunerado).

Referencias bibliográficas

Batthyány, K. (Coord.). (2020). *Miradas latinoamericanas a los cuidados*.. Siglo XXI editores.

Brocca, M. y Gómez Iriondo, P. (2024). Ética del cuidado de Carol Gilligan y su intersección con el Derecho. En D. Bardel y F. Vazzano (Coords.), *Feminismos y teoría general del derecho: relaciones a partir de los aportes de Okin, Gilligan, Mackinnon, West y Dahl.* Editorial Azul. https://publicaciones.der.unicen.edu.ar/books/feminismos-y-teoria-general-del-derecho/

Brocca, M. y Paustassi, L. (2024). El derecho humano al cuidado. Fundamentos y autonomía en clave latinoamericana. *Anuario de Derecho Público,* (2024), 329-351.

Dabove, M. I. (2018). *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*. Astrea.

Dabove, M. I. (2022). Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los derechos humanos. *Teoría & Derecho*, (33), 14-37 https://doi.org/10.36151/TD.2022.049

Espino, A. (2021). Trabajos y tiempo. Enfoques conceptuales. En: Espino, A. (Coord). *Las desigualdades de género y la ciencia económica. La perspectiva de laeconomía feminista*. UDELAR.

Faur, E. (2024). El trabajo de cuidado comunitario: de la invisibilidad al reclamo del derecho. En K. Batthyány, V. Perrotta, y J. Pineda Duque (Coords.), *La sociedad del cuidado y políticas de la vida*. CLACSO. https://www.clacso.org/politicas-del-cuidado/

Fricker, M. (2017). *Injusticia epistémica: poder y ética del conocimiento*. Herder.

Páez, Á. L. (2022). [Reseña del libro Injusticia epistémica. El poder y la ética del conocimiento, por M. Fricker]. *Revista Ucranias*, (6), 115-116.

Pautassi, L. (2007). El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. *Serie Mujer y Desarrollo*, (87), 1-50.

Pautassi, L. (2024). El curso de la vida con derechos: Autonomía, universalidad e igualdad. En K. Batthyány, V. Perrotta, y J. A. Pineda Duque (Coords.), *La sociedad del cuidado y políticas de la vida*. Clacso.

Pautassi, L. C. (2018). El cuidado como derecho: Un camino virtuoso, un desafío inmediato. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *68*(272), 717-742 https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67588

Pautassi, L. (2025). Desigualdades estructurales en trabajo y cuidados: Las demandas en curso en el sistema interamericano. *Anuario de Derechos Humanos*, *21*(1), 171-198.

Razavi, S. (2007). *The political and social economy of care in a development context: Conceptual issues, research questions and policy options* . United Nations Research Institute for Social Development.

Rodríguez Enríquez, C. (2015). Economía feminista y economía del cuidado: Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad. *Nueva Sociedad*, (256), 30-44.

Vazzano, F. (2025). Derechos de participación de las personas mayores: pertenencia e interacción en la vejez. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, (34), 80-111.

Otras fuentes

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025, 12 de junio). *El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos* [Opinión Consultiva OC-31/25]. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_31_es.pdf

Las VII y VIII Jornadas de Investigacion en Ciencia Jurídica tuvieron lugar en Azul, los días 9 y 20 de septiembre de 2024 y 6 y 7 de noviembre de 2025, respectivamente. Cada nueva edición reafirma una convicción que orienta el trabajo cotidiano de la Facultad: la investigacion constituye una dimensión esencial de la universidad pública y un componente indispensable para la construcción de conocimiento crítico, plural y comprometido con los desafíos de nuestro tiempo.

ISBN 978-950-9516-85-4