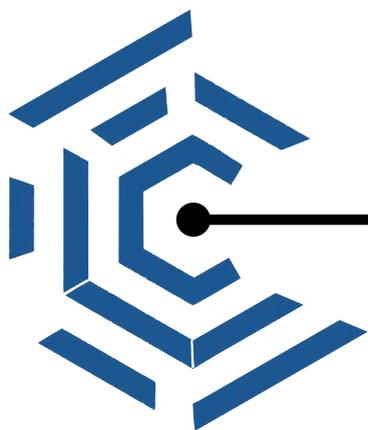

ACTAS

II JORNADAS

DE INVESTIGACIÓN

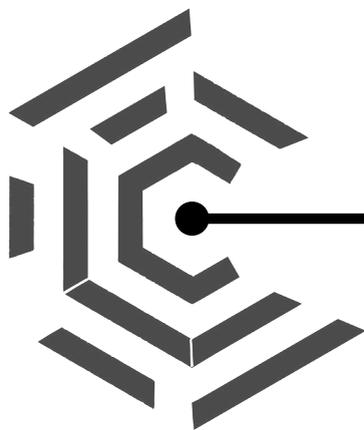
EN CIENCIA JURÍDICA

2019



COMPILADOR: EZEQUIEL VALICENTI

ACTAS II JORNADAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIA JURÍDICA 2019



COMPILADOR: EZEQUIEL VALICENTI



Edición: Editorial Azul S.A.

Diseño Editorial: Antonella Scavuzzo

Corrección: Florencia Lafón

www.editorialazul.com.ar

info.editorialazul@gmail.com

Actas II Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica / Daniela Bardel... [et al.] ;
compilado por Ezequiel Valicenti. - 1a ed. - Azul : Del Azul, 2020.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-9516-45-8

1. Derecho. 2. Derecho Privado. 3. Derechos Humanos. I. Bardel, Daniela. II. Valicenti, Ezequiel,
comp.

CDD 340.1

Impreso en Argentina

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

ACTAS
II JORNADAS
DE INVESTIGACIÓN
EN CIENCIA JURÍDICA
2019

COMPILADOR: EZEQUIEL VALICENTI

índice

Datos de las Jornadas	9
Presentación	11
Filosofía y Teoría General del Derecho	
Bardel, Daniela - <i>Una lectura del soft law desde la Teoría General del Derecho</i>	15
Lloret, Elsa y Lafourcade, Paula - <i>Análisis del Fallo García a la luz del discurso de los derechos y las necesidades</i>	27
Otero, Juan Manuel y Puebla Fortunato, Cristian A. - <i>Procesos de Acreditación y crisis en la enseñanza del Derecho. Ejes para el debate</i>	43
Derecho Privado	
Valicenti, Ezequiel - <i>¿Qué es y cómo opera la constitucionalización del Derecho Privado en Argentina? Aportes conceptuales para la discusión</i>	61
Vazzano, Florencia - <i>La protección de las relaciones intergeneracionales entre nietos/as y abuelos/as en el Código Civil y Comercial. Consideraciones a partir de una lectura transversal</i>	81
Derecho Internacional público y Derechos Humanos	
Brocca, Mariana - <i>La aplicación del Gender Mainstreaming en la elaboración de los presupuestos nacionales en materia laboral</i>	95

Costabel, Lucas Ezequiel y Leiva, Federico Augusto - <i>Los DESCAs en el Sistema Interamericano, la importancia de la no regresividad</i>	107
Goldenhörn, Moira - <i>El mito de la buena víctima. Hacia la construcción interdisciplinaria de la perspectiva de género en los operadores jurídicos en pos de la eficacia de la normativa protectora de las mujeres. Análisis de la sentencia del caso Lucía Pérez Montero a la luz de los Derechos Humanos</i>	117

Derecho Procesal

Di Giulio, Gabriel H. - <i>Condiciones programáticas para el desenvolvimiento eficaz y funcional de la oralidad en los procesos judiciales</i>	137
Salituri, Pablo - <i>El proceso penal y la concepción de verdad subyacente. Un abordaje epistemológico</i>	155

II Jornadas de investigación en ciencia jurídica

Facultad de Derecho (UNICEN) – Azul, 27 y 28 de junio de 2019

Comité Científico

Laura Giosa (CEIPIL-UNICEN)

Santiago Duhalde (CIEP-CONICET-UNICEN)

María Paz López (CEIPIL-UNICEN)

Fernando Ronchetti (CIEP-UNICEN)

Victoria Schiro (IEJUS-UNICEN)

Compilación de las Actas

Ezequiel Valicenti (IEJUS-UNICEN)

Presentación

Con gran satisfacción presentamos las Actas de las *II Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica* que se desarrollaron en el Centro de Investigación y Posgrado de la Facultad de Derecho (UniCen), los días 27 y 28 de junio de 2019. En esta publicación, los/as lectores/as podrán acceder a aportes originales sobre temas de marcada actualidad.

La investigación en el campo del Derecho sufre frecuentes cuestionamientos. Se objeta la capacidad de los abogados y las abogadas para realizar producciones “auténticamente” científicas. Quienes lo hacen se expresan desde enfoques positivistas, que piensan a las investigaciones sociales como un reflejo de las ciencias exactas y naturales y, por lo tanto, subestiman la capacidad de generar conocimiento científico en disciplinas que utilizan métodos diferentes. Este modo de pensar goza aún de gran influencia y sus (nocivas) consecuencias se trasladan al campo de la ciencia argentina: en datos que se remontan a diciembre de 2016¹, del conjunto de investigadores/as del CONICET, sólo el 0,48% de ellos/as desarrollan investigaciones relativas al Derecho. Traducido en números concretos, esto significa que, de los más de 10.000 investigadores/as del organismo, solo 51 hacen investigación jurídica. En el caso de los/as becarios/as doctorales y posdoctorales, apenas el 0,58% trabaja en temas de ciencia jurídica. En el Programa de Incentivos del Ministerio de Educación, la suerte no es muy diversa: del total de docentes categorizados/as, sólo el 3% lo está en el área Derecho y jurisprudencia.

Sin dudas el panorama no cambiará si no cambiamos también la forma en que desarrollamos la investigación jurídica. En este sentido, las Jornadas intentan aportar un espacio para la difusión del conocimiento construido dentro de nuestras

¹ Seguimos el informe “*La abogacía en la Argentina. Su enseñanza, investigación y difusión. Relevamientos y análisis del estado de situación*”, publicado en noviembre de 2019 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil).

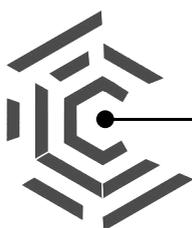
instituciones, para la vinculación entre investigadores/as de diversas latitudes de nuestro extenso país y, en definitiva, para encontrarnos quienes tenemos la convicción de que se puede hacer ciencia jurídica de calidad.

Haber realizado la segunda edición implicó tanto o más esfuerzo que haber realizado la primera. Sostener este tipo de eventos suele ser difícil, y por lo tanto estamos orgullosos de haberlo logrado. Ello no hubiera sido posible sin el apoyo de la Facultad de Derecho, de quienes integran el Comité Científico y de quienes forman parte de la comunidad académica de nuestra Casa de estudios. Por supuesto, no hubieramos tenido Jornadas sin la participación de los autores y autoras que confiaron en nuestro evento para someter a discusión sus investigaciones. A todos ellos y a todas ellas, muchas gracias. Por último, un agradecimiento a Editorial Azul por el trabajo editorial de estas Actas.



Filosofía y teoría general del derecho

Una lectura del soft law desde la Teoría General del Derecho



Daniela Bardel

(UNICEN)

Resumen:

En el presente trabajo se persigue el objetivo de realizar un análisis del denominado “*soft law*” desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho (CIURO CALDANI: 1999). A tal fin, preliminarmente se hará una aproximación al concepto, tanto desde su estructura como de sus funciones. En segundo lugar, desarrollamos lo que a nuestro entender configuran los principales temas de lo “común” del Derecho en relación al *soft law*. Entre ellos, la teoría de las fuentes, la estructura de las normas, el funcionamiento normativo y la inserción del *soft law* en el sistema jurídico. En tercer lugar, discurremos por la observación del *soft law* dentro de las categorías del derecho transnacional, internacional y nacional (TWINING: 2005). Finalmente, haremos una aproximación al *soft law* desde la estrategia y táctica jurídica (CIURO CALDANI: 1999).

1.- Aproximación al concepto de soft law: estructura y funciones.

Se señala que el *soft law* o “derecho relativo” tiene su **origen** en los cambios originados en la sociedad internacional contemporánea, entre los cuales, adquieren relevancia: el papel desempeñado por las organizaciones internacionales, la entrada en la escena internacional de los países en desarrollo de los años sesenta, el desarrollo tecnológico y el surgimiento de conceptos tales como “comunidad internacional”, obligaciones *erga omnes* y normas de *ius cogens*, lo cual ha obligado a cierta

flexibilización de los métodos de formación del Derecho Internacional asentados en el positivismo jurídico y en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (Gómez Isa, 1999)².

Se identifica como autor del término a Lord Mc Nair y se apunta que desde su origen se ha interpretado de forma diversa. Por un lado, describía enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación judicial, por otro lado, la expresión distinguía las proposiciones de *lege ferenda* a las de *lege lata* (Mazuelos Bellido, 2004)³.

Enmarcado dentro del Derecho Internacional abarcaría todos los actos y procedimientos que quedan fuera del alcance del mencionado artículo 38 (Pastore, 2014). Podemos señalar así que es un concepto que emerge en el ámbito material del Derecho Internacional Público.

Indica Keller que el derecho blando existía en la vida pública internacional, pero es en el contexto de los desafíos de nueva gobernanza global donde los acuerdos de *soft law* ganan especial relevancia y emergen en la escena internacional. Actuando a través de su propio derecho o a través de las organizaciones internacionales, los gobiernos nacionales han recurrido a soluciones de *soft law*, pero es además una característica de los instrumentos de *soft law* la participación de actores no estatales (Keller, 2004).

En cuanto al **concepto** se postula que es más conveniente entender al *soft law* de modo autónomo, y no por contraposición con su opuesto (el *hard law*), y presentarlo en consecuencia con sus caracteres propios.

Tales caracteres conforme Chinkin serían:

“Nacen con frecuencia a partir de actores no estatales, es decir, emanan de agencias que no tienen autoridad legislativa nacional o internacional; suelen contener términos vagos e impre-

² Artículo 38 Estatuto Corte Internacional de Justicia. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.

³ Sarmiento afirma que el derecho suave o débil siempre ha estado presente en los sistemas jurídicos, incluso hasta en el Derecho Romano, el cual lo denominaba como *leges imperfectae* (cuando la norma carecía de *sanctio*, es decir, de la determinación de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la ley). No obstante, sostiene que el *soft law*, tal como lo conocemos en la actualidad, es un producto del Derecho Internacional y, en especial, de las organizaciones internacionales, cuyas normas no siempre gozan de efectos jurídicos nítidos (Sarmiento, 2006).

cisos; está articulado de forma no vinculante; se basa en la adhesión voluntaria o en medios no jurídicos de reforzamiento” (Laporta, 2001: 265) ⁴.

Como apunta Pastore se trata de actos no homogéneos en cuanto al origen que, aunque en apariencia carezcan de efectos jurídicos vinculantes, resultan jurídicamente relevantes de distintas maneras, tratándose de una noción “doctrinal”. Así, v.gr. se la menciona como la “teoría del *soft law*” (Pastore, 2014; Escudero Alday, 2012).

De este modo podemos señalar en términos trialistas sus caracteres relevantes. Dentro de la dimensión sociológica: los repartidores son sujetos que carecen de “autoridad normativa”⁵; se trata de repartos autónomos y su forma es la negociación o la mera adhesión⁶. Dentro de la dimensión normológica, las captaciones se producen a través de conceptos en términos vagos e imprecisos (función integra-

⁴ A continuación se pueden leer otras conceptualizaciones acerca del *soft law*.

Mazuelos Bellido apunta que la expresión *soft law* no ha encontrado un significado unívoco. Se utiliza en relación con instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos: por un lado el carácter no jurídicamente vinculante, y por otro lado una cierta relevancia jurídica. En conjunto, nos dice, se aprecia que la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona. (Mazuelos Bellido, 2004).

Sarmiento conceptualiza al *soft law* desde dos perspectivas, una analítica y otra dogmática (si bien el autor se ocupa del *soft law* en el Derecho Público consideramos valiosos sus aportes para la construcción del concepto de *soft law* desde la Teoría General del Derecho).

En la perspectiva analítica diferencia a su vez una perspectiva ontológica y una empírica, sosteniendo que “*desde la perspectiva ontológica el soft law se caracteriza por contar con unos presupuestos concretos y unos consecuentes abiertos e indeterminados, que reclaman la maximización de los objetivos que pretenden cumplir. Por tanto, el soft law es ontológicamente un mandato de optimización, una proposición prescriptiva que pretende ser cumplida, pero sólo en grado*”. Señala que desde la perspectiva empírica que afecta a cada grado o instrumento de *soft law*, encontramos que este puede contar con la estructura propia de una regla (estableciendo un antecedente o consecuente determinado) o de un principio (con un consecuente indeterminado). Esta segunda perspectiva, permite hablar tanto de reglas como de principios de *soft law*.

En la perspectiva dogmática, indica los aspectos relativos a la competencia y el procedimiento previstos para la adopción de este tipo de disposiciones; y los contenidos materiales y vocación reguladora del *soft law*. Sostiene que el *soft law* se va a caracterizar por contar con unos contenidos similares a los que va a ostentar el *hard law* (existen reglas y principios en ambos). Lo que va a distinguir desde el punto de vista material a ambas formas de regulación no reside tanto en el contenido concreto, sino en la naturaleza ontológica de cada fuente (exigir mandatos de optimización el *soft law* y mandatos taxativos el *hard law*).

(Sarmiento; 2006, 225-230).

⁵ En este aspecto es dable advertir un proceso de difuminación del sujeto repartidor lo que podría acercar la adjudicación a una distribución por influencias humanas difusas. Así, desde la axiosofía el reparto encontraría mayor legitimidad en el objeto que en el sujeto (conforme con las categorías analíticas con las que pensamos la legitimidad de los repartidores autoritarios –piénsese sobre todo en la infraautonomía-, y alcanzaría un protagonismo principal la legitimación aristocrática de los especialistas).

⁶ Aunque también puede pensarse en un reparto autoritario ordenancista en el cual existe obediencia “voluntaria”, es decir, que los sujetos obedecen pero en caso de no obedecer no existe consecuencia jurídica. Podríamos pensar en el “punto de vista interno” de la obediencia.

dora de la norma) y, en la estructura de la norma, se articula de forma no vinculante su consecuencia jurídica positiva. En la dimensión axiológica, se reconoce en el despliegue formal (axiología) a la justicia consensual y dialogal; y en el despliegue material (axiosofía) a la autonomía (de los sujetos) y a la legitimidad del objeto (objeto “repartidero”).

En lo que refiere a las **funciones** podemos considerar las siguientes, a saber⁷:

a) Factor de cambio en las conductas, b) Referencia para la acción pública, c) Modelo para las decisiones jurisprudenciales, d) Preludio de futuras normas de *hard law* (en este sentido puede pensarse como una fuente indirecta), e) Propulsor jurídico, lo que conlleva la presencia de un pluralismo jurídico, f) Manifestación del principio de subsidiaridad, g) Influencia sobre la evolución legislativa, h) Interpretación de las normas de *hard law*, i) Instrumento de integración, j) Incorporación de exigencias morales y deliberación pública de informaciones y opciones éticas importantes.

En sentido conglobante se ha asociado al *soft law* con la función promocional del Derecho. La categoría representaría un cambio en el modo –sujetos y proceso de la producción normativa– por el cual las instancias políticas llevan a cabo las funciones del Derecho (Escudero Alday, 2012).

2.- El soft law desde la Teoría General del Derecho.

Cómo se ha apuntado dentro del *soft law* se encuadran heterogéneos instrumentos. En un intento de clasificación, Mazuelos Bellido atribuye el carácter de *soft law* a las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales, a los instrumentos de actores no estatales y a los acuerdos no normativos (Mazuelos Bellido, 2004).

Respecto de los actores no estatales, se entiende que el *soft law* es su única alternativa, ya que los mismos no tienen capacidad para crear normas y obligaciones jurídicas internacionales (Mazuelos Bellido, 2004).

Cabe la pregunta si la categoría de *soft law* puede ser visualizada como un adjetivo de diversas **fuentes** reales formales, en este sentido, la adjetivización del derecho como “blando” daría cuenta de fuentes que surgen de sujetos que no tienen competencia para dictarla, y este enfoque pone el acento en las fuentes reales no tanto solo como el origen de las normas, sino también resaltando quién tiene el “poder” para crearlas⁸. Así se ha dicho que el *soft law* es una fórmula de producción

⁷ Que pueden clasificarse en sociológicas, normológicas y axiológicas.

⁸ En este sentido se ha afirmado “la aparición de nuevos actores en el ámbito internacional implica una tensión sobre el sistema de fuentes”. (Sanz y Folloni, 2017: 247).

normativa que se coloca al lado de las formas tradicionales de regulación jurídica (Escudero Alday, 2012)⁹.

Por otro lado, el *soft law* puede verse como una categoría en la que se incluyen diversas fuentes caracterizadas por dar origen a una norma cuya consecuencia jurídica o reglamentación se establece en términos no vinculantes.

Las categorías de fuentes con la que se aproximaría un análisis del *soft law* puede incluir a las fuentes de propaganda (es decir, aquellas que se dictan con el objetivo de ir logrando efectividad o “conciencia” de obligatoriedad) y a veces mero espectáculo (cuando son dictados solo para aparentar); también podría ser analizado con la categoría de elasticidad (dada su redacción en términos vagos e imprecisos permitiría su adaptación a disímiles realidades sociales y a los cambios que en ella se produzcan) y en cuanto a su capacidad de modificación en virtud de la posible falta de mecanismos institucionales que indiquen los procedimientos de su producción pueden ser consideradas flexibles. Asimismo, suelen surgir como respuesta ante la falta de un consenso para producir fuentes de *hard law*, por lo que de esta manera los instrumentos de *soft law* no soportan los costos de negociación de un proceso formal de creación normativa (Cortés Cabrera, 2014)¹⁰.

Podemos diferenciar técnicas de *soft law* en forma de producción de la regla *top/down* (desde la cúspide hacia abajo) y *botton/up* (desde la base hacia arriba).

⁹ A su vez el autor se pregunta si la expresión hace referencia al acto de creación o al conjunto de normas nacidas de este (Escudero Alday, 2012).

¹⁰ La investigación de García-Muñoz Alhambra, Ter Haar y Kun sigue un modelo de análisis para establecer el grado de aproximación de los instrumentos de *soft law* a los de *hard law* (aunque el modelo fue diseñado para el examen de instrumentos más tradicionales del Derecho Internacional, como los actos de los poderes públicos, los autores lo adaptan a la autorregulación de los actores no gubernamentales) por medio de la evaluación de tres dimensiones de legalidad: en la adopción, en el contenido o *negotium* y en las estructuras para asegurar el cumplimiento. El modelo plantea que cuando todos los elementos de las tres dimensiones están presentes en su total extensión el instrumento pertenece a la categoría de *hard law*, en tanto todo elemento que no esté presente en su máxima extensión lo “debilita” y lo aproxima a la categoría de *soft law*; y finalmente cuando muchos elementos están ausentes surge el interrogante de su pertenencia al sistema jurídico. Tal modelo analítico presenta la siguiente estructura: en cuanto a la legalidad en la adopción se observa: a) la forma del instrumento (tipo de instrumento), b) el procedimiento para la adopción de la norma, c) la competencia para la adopción de instrumentos legalmente vinculantes, d) circunstancias que rodean a la creación del instrumento, entre las que se incluyen las circunstancias políticas (v.gr. la imposibilidad de lograr un acuerdo). En cuanto a la legalidad en el contenido o *negotium*, se centra en la calidad normativa del contenido del instrumento, es decir el contenido en término de derechos y obligaciones, se examina: a) el tipo de obligación (incondicional, contingente, cláusula de escape, exhortatoria, recomendación o normas guía); b) precisión (coherencia interna del instrumento en su conjunto, margen de interpretación y ambigüedad en la defensa de los derechos diseñados o en la ejecución de las obligaciones); c) tipo de lenguaje utilizado. En lo que refiere al nivel de legalidad en la estructura que asegura el cumplimiento, el cual apunta al nivel de delegación de autoridad a terceras partes designada para poner en práctica acuerdos, se explora: a) estructura de resolución de conflictos (poder judicial o negociaciones políticas); b) Control de cumplimiento (poder judicial o métodos como informes de cumplimiento, publicación de información); c) Delegación de la poste-

En cuanto a la jerarquía de las fuentes se ha apuntado que esta categoría nos sitúa en un marco de “incertidumbre” en la jerarquía dado que refleja la crisis del monopolio estatal para la producción jurídica (Pastore, 2014). Es decir, que la incertidumbre de la jerarquía se relaciona con la puesta en crisis del monismo jurídico y la emergencia del pluralismo jurídico denominado como “nuevo pluralismo jurídico” (Ariza Higuera - Bonilla Maldonado, 2007).

Pensado en la **estructura de la norma**, presentan un sector social reglamentado y una consecuencia jurídica que se singulariza por su falta de vinculatividad. Pastore encuadra al *soft law* como enunciados que no presentan formulación condicional en contraposición a las condicionadas que se componen de una prótasis (parte del enunciado que determina la condición) y una apódosis (parte que determina la consecuencia) (Pastore, 2014). Sin embargo, creemos que dada la heterogeneidad de instrumentos (que pueden enunciarse en forma de reglas o de principios), es más esclarecedor entenderlos como una estructura cuya consecuencia jurídica positiva no es vinculante.

En lo que refiere al funcionamiento de la norma, el *soft law* adquiere relevancia en el momento de la identificación o reconocimiento¹¹ (lo que nos remite al tema de la inserción en el ordenamiento normativo), la interpretación (sobre todo si se piensa en la función interpretativa del *soft law*), la elaboración (si es utilizado para crear una nueva norma), y la argumentación. En este aspecto, funcionan como razones que tienen su papel en la justificación de las decisiones. Señala Pastore que las fuentes se cruzan con el funcionamiento y demuestran como el reconocimiento es el resultado de una actividad interpretativa que se desarrolla dentro de la praxis jurídica (Pastore, 2014).

Todas las funciones mencionadas están en relación al *hard law* e interactúan con el mismo. A su vez, la tarea de determinación puede visualizarse como una propia del *soft law*, dado que los instrumentos pueden en razón de su estructura y de su estilo de captación de contenidos y objetivos requerir de la función de determinación¹².

rior elaboración de normativas. (García- Muñoz Alhambra *et. al.*, 2012).

¹¹ Se señala en este sentido que el encargado del funcionamiento debe identificar el “dato” al cual referir la atribución de significados entre las fuentes formales (entendidas como actos o hechos sujetos a condiciones definidas de validez) e informales (actos o hechos carentes de formas jurídicas normativamente predisuestas y con algún grado de efectividad (exactitud). El reconocimiento de la fuente y la construcción de la norma sufre un proceso de transformación hacia un ordenamiento “abierto” a las prácticas sociales de identificación del Derecho. (Pastore, 2014).

Las fuentes de *soft law* pueden ser así utilizadas por los jueces para llevar a cabo la justificación externa de sus sentencias, es decir, para conformar la premisa mayor del silogismo judicial (Escudero Alday, 2012).

¹² El carácter abierto e indeterminado de las disposiciones de *soft law* necesitan ser desarrolladas por parte de otras instancias. Sin la posterior acción de otras autoridades normativas que determinen las disposiciones, no es posible la aplicación del *soft law*. (Escudero Alday, 2012).

Relacionado con la identificación es dable preguntarse cómo una fuente de *soft law* se “reconoce” como Derecho en un ordenamiento jurídico dado. Consideramos que esto puede acaecer cuando la normativa estatal posee una norma que habilita el reconocimiento o cuando lo hacen los propios operadores jurídicos. Cabe en este aspecto, pensar en la posibilidad del pluralismo jurídico –al menos en sentido débil- el cual reconoce la existencia de producción de normatividad por fuera del propio Estado (Griffiths, 2007). Se ha sostenido que en torno al *soft law* nos encontramos en ausencia de normas secundarias en los términos de Hart, es decir, de normas de reconocimiento, cambio y adjudicación (Escudero Alday, 2012).

En lo que refiere al ordenamiento se ha pasado de uno configurado más sobre la estructura jerárquica (que refleja un plan de gobierno en marcha) a otro que se sitúa más en un modelo de seguimiento (ejemplaridad).

Se destaca en el *soft law* la relación entre legalidad, legitimidad y eficacia, perfilándose la concepción de un Derecho que no depende solo del reconocimiento formal/procedural, sino de su capacidad para cumplirse, es decir de ser respetado por los ciudadanos y aplicado por las autoridades. (Pastore, 2014).

3.- El *soft law* en las categorías espaciales del Derecho.

Siguiendo a Twining si el Derecho se concibe como una forma de práctica social institucionalizada (estructura) que trata de ordenar las relaciones entre los sujetos (función) en una variedad de niveles de relaciones y órdenes (y no solo dentro de un estado nación o sociedad), un modo de caracterizar esos niveles es el geográfico. Dentro de los que identifica el autor, nos interesan en este trabajo especialmente tres: el transnacional, el internacional y el nacional (Twining, 2010).

Apunta Keller que el proceso de globalización ha llegado con retos fundamentales para la efectividad y legitimidad de la gobernanza de los asuntos transfronterizos. De un lado, la naturaleza transnacional de muchas cuestiones políticas contemporáneas excede la capacidad reguladora de los Estados que es territorialmente limitada; de otro lado, el tradicional modo de ordenar los temas globales a través del derecho internacional clásico “*hard law*” se enfrenta a la limitación inherente de conseguir el necesario consenso político (Keller, 2004).

Dentro del derecho **transnacional** Twining (2010) incluye el arbitraje internacional, la *lex mercatoria*, y, de manera más controvertida, la gestión interna de las multinacionales. En relación al *soft law* podemos incluir en esta categoría la construcción de un derecho uniforme, como sucede con los Principios UNIDROIT (Pastore, 2014) o las normas de la Organización Internacional de Normalización (ISO) (Cortés Cabrera, 2014).

El **internacional** comprendería el sentido clásico de las relaciones entre Estados y de manera más amplia las relaciones que se rigen por los derechos humanos (Twining, 2010). En relación al *soft law* podemos encuadrar aquí las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales y los acuerdos no normativos.

En el ámbito **estatal territorial** incluye los sistemas jurídicos de los Estados nacionales. En este aspecto nos parece relevante, para ver cómo funciona el *soft law* en el ámbito de los derechos domésticos, analizar la utilización del mismo a través de dos sentencias.

En el caso “Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra” la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 26/3/2014 debía resolver el alcance de los privilegios de un crédito laboral (originado en una indemnización por accidente de trabajo) respecto a los créditos de la AFIP. En este supuesto el máximo órgano identificó como aplicable el Convenio N° 173 de la OIT, y el voto de Petracchi interpretó dicho Convenio utilizando la Recomendación N° 180 de la OIT, es decir, un instrumento de *soft law*. En este caso, vemos cómo se identificó a una fuente de *soft law* y se la utilizó para interpretar un instrumento de *hard law*.

En el caso “M.D.D c/ GCBA y otros s/ Amparo” del Juzgado N° 6 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de CABA de fecha 7/8/2017, en el cual se debatía el derecho a la vivienda de una persona en situación de vulnerabilidad, el juzgador identifica varios instrumentos de *soft law*, entre ellos las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia. En este caso las Reglas tuvieron un “reconocimiento” por medio de la acordada de la Corte y fueron utilizadas para interpretar las causas de vulnerabilidad.

Asimismo, se reconocen a los Principios de Yogyakarta de aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género (2006) y la Resolución de la OEA “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (2010). En estos supuestos, entendemos que los instrumentos se han empleado en la tarea argumentativa.

Otras Declaraciones y Recomendaciones Internacionales, tales como la Declaración sobre Progreso y Desarrollo en lo social (1969), la Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos (1976), la Declaración sobre el derecho al Desarrollo (1986), la Declaración de Estambul sobre asentamientos humanos (1996), fueron utilizados en la función interpretativa para definir el concepto de vivienda adecuada. Los principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron usados en la función interpretativa respecto de la obligación internacional de no regresividad.

Si bien es cierto que en ambos casos la *ratio decidendi* no estuvo basada en los instrumentos de *soft law*, estos fueron identificados y empleados en las tareas de interpretación y argumentación.

A su vez, en lo que respecta a la complejidad en la materia, la categoría atraviesa diferentes ramas. Comenzando por la que motivó su origen -el Derecho Internacional Público- encontramos presencia de *soft law* en diversas ramas, piénsese en las tradicionales como el Derecho Civil, el Derecho Comercial, Laboral, Penal, Administrativo o las nuevas ramas como el Derecho del Medioambiente o de la Ancianidad. El carácter transversal de los derechos humanos nos sitúa frente a instrumentos de *soft law* en todas las ramas.

4.- El soft law como supuesto de la estrategia y táctica jurídica.

Estimamos que el *soft law* se erige en una táctica de los sujetos productores o demandantes de producción de normatividades y que los mismos se apropian de él de un modo “paradojal”, tal como lo señalara Cárcova para las funciones del Derecho (Cárcova, 1998).

Apunta Barberis que el *soft law* es un producto de intereses políticos que buscan otorgar obligatoriedad a determinados actos y resoluciones para satisfacer los propios intereses (Del Toro Huerta, 2006).

Es decir, en el momento dinámico de la producción normativa (relacionado a la teoría de las fuentes) la utilización del *soft law* puede funcionar de manera conservadora o transformadora. La función conservadora se advierte cuando el *soft law* actúa como vía de escape de regulaciones de *hard law*, en tanto la función transformadora se vislumbra cuando se lo piensa como instrumento que busca ir modificando las conductas o actuar como antesala de la normativa de *hard law*¹³.

También se lo utiliza de modo paradojal en el momento dinámico del funcionamiento normativo, reconociéndolo o no como parte del sistema de fuentes y como dotado de cierto grado de vinculatoriedad.

¹³ Puede verse el debate relatado por Del Toro Huerta en el ámbito del Derecho Internacional Público: Wait advertía que la excesiva variación de la normatividad internacional implicaría el desconocimiento del ordenamiento internacional, como derecho de cooperación entre entes soberanos y los procesos de formación normativo relacionados principalmente con el voluntarismo estatal (es decir, advertía que el recurso excesivo a instrumentos de *soft law* llevaría a la no producción normativa propia del espacio internacional); en tanto Fastenrath estimaba que en todo sistema jurídico existe una gradación normativa y que los conceptos y proposiciones jurídicas solo otorgan una aparente certeza sujeta a interpretación (Del Toro Huerta, 2006).

Puede verse como un ejemplo el paralelismo contrapuesto entre la regulación de las inversiones internacionales que comenzó con un régimen de *soft law* hasta llegar a un régimen de *hard law*; y el régimen de protección de los derechos laborales, sociales y medioambientales en el marco de las inversiones internacionales que fracasó en la búsqueda de un régimen de *hard law* y continúa con un sistema de *soft law*.

5.- A modo de conclusión.

La categoría doctrinal del *soft law* ha emergido como un constructo por medio del cual se intenta explicar uno de los modos en que se transforma el Derecho, particularmente en lo que refiere a la producción normativa –a los sujetos que la llevan adelante y a los procedimientos-. A través de esta categoría el Derecho sigue desempeñando sus funciones, pero con una técnica diferente.

El *soft law* nos invita a repensar las fuentes, la estructura normativa y el funcionamiento y a abrir paso a una visión del Derecho que de lugar al pluralismo jurídico, al menos, en sentido débil.

Finalmente, el uso estratégico y táctico que puede realizarse del *soft law* da cuenta que -como el propio *hard law*- puede responder a un uso paradójico.

A la Teoría General del Derecho le corresponde el desarrollo del armazón conceptual para que el fenómeno que se presenta en diversas ramas jurídicas pueda ser entendido y puesto en diálogo con las categorías conceptuales con las que solemos pensar el Derecho.

Bibliografía:

Alonso García, R. (2001). El Soft law comunitario. *Revista de Administración Pública*, N° 154.

Ariza Higuera, L. y Bonilla Maldonado, D. (2007). *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. Pluralismo jurídico, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Cárcova, C. (1998). *Acerca de las funciones del Derecho*. Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencia Política, UAP.

Ciuro Caldani, M. (1999). *Lecciones de Teoría General del Derecho*. Investigación y Docencia, N° 32, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario.

Ciuro Caldani, M. (2011). *Aportes a la estrategia en las fuentes y el funcionamiento de las normas (Contribuciones a la estrategia comunicacional en el Derecho)*, Investigación y Docencia, N° 45, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario.

Ciuro Caldani, M. (2011). *Estrategia jurídica*. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, UNR Editora, Rosario,

Cortés Cabrera, B. (2014). El soft law y su aplicación en el derecho comercial inter-

nacional, *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, N° 6.

Del Toro Huerta, M. (2006). *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. VI.

Escudero Alday, R. (2012). *El concepto de soft law*. MORESO, J. y MARTÍ J. (Eds.), Contribuciones a la Filosofía del Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2012.

García- Muñoz Alhambra, A. *et. al.* (2012). Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos de derecho laboral internacional. *Revista Ius et Praxis*, N° 1, año 18.

Goldschmidt, W. (1996). *Introducción filosófica al Derecho*. 6° ed., 5ª. Reimp., Depalma, Buenos Aires, 1996.

Gómez Isa, F. (1999). *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Serie Derechos Humanos, vol. 3, Universidad de Deusto, Bilbao.

Griffiths, J. (2007). ¿Qué es el pluralismo jurídico?. Pluralismo jurídico”, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Keller, H. (2004). *Corporate Codes of Conduct and their Implementation: The Question of Legitimacy*, disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.696.2344&rep=rep1&type=pdf>

Laporta, F. (2005). *Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas*. Anales de la Cátedra de Francisco Suarez, N° 39.

Mazuelos Bellido, Á. (2004). Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces? *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*” N° 8.

Pastore, B. (2014). *Soft law y la teoría de las fuentes del Derecho*. Soft Power, Vol.1, N° 1.

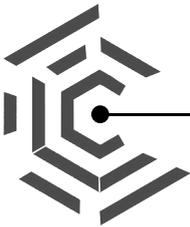
Sanz , R y Folloni, A. (2017).El soft law como fuente del derecho internacional. Reflexiones desde la teoría de la complejidad. *Revista de Direito Internacional. Brazilian Journal of International Law*, Vol. 14, N° 3.

Sarmiento, D. (2006). *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law*. Cuadernos de Derecho Público N° 28.

Senden, L. (2005). *Soft Law, Self-regulation and Co-regulation in European Law: Where Do They Meet?*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 9.1.

Twining, W. (2010). *Implicancias de la globalización para el Derecho como disciplina*, Anales de la Cátedra Francisco Suarez, N° 44.

Análisis del fallo *García* de la Corte Suprema: El tributo a la ganancia en las jubilaciones y pensiones a la luz del discurso de los derechos y de las necesidades



Elsa María del Carmen Lloret y Paula Jorgelina Lafourcade

(UNICEN)

Resumen:

La presente ponencia se enmarca en el Proyecto de investigación “La adjudicación judicial: entre la racionalidad de fines y la racionalidad de necesidades. Un estudio de casos en la Provincia de Buenos Aires”, radicado en el Centro Interdisciplinario de Estudios Políticos, Jurídicos y Sociales (CIEP) (Facultad de Derecho-Facultad de Ciencias Humanas UNICEN), que tiene por finalidad repensar el rol que deben adoptar los jueces cuando se vulneran derechos. A los efectos de éste trabajo, nos referiremos específicamente a los denominados derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), y como categoría de éstos al Derecho previsional y de la seguridad social, establecido en el Art. 14 bis de la CN, y en los Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Para ello analizaremos el fallo “*García María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*” donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que, con respecto a la ley 20.628 que grava las jubilaciones y pensiones, “la sola utilización de la capacidad contributiva como parámetro para establecer impuestos a los jubilados y pensionados resulta insuficiente porque no toma en cuenta la vulnerabilidad de los jubilados que ampara la Constitución Nacional. La falta de consideración por las autoridades de esta circunstancia coloca

a los jubilados en una situación de notoria e injusta desventaja». Y por eso, considera que “el texto actual de la ley, redactado en un contexto histórico diferente, resulta insuficiente y contrario al nuevo mandato constitucional”.

El análisis jurisprudencial se desarrollará en base al trabajo realizado por Waldron sobre “*El rol de los derechos en el razonamiento práctico: “Derechos” contra “Necesidades”*”. El autor sostiene que el portador de un derecho es alguien que reivindica su autonomía, por lo que, si hay un valor positivo al que los derechos responden, ese valor es el de convertirse en persona con una vida por vivir. En cambio la persona que tiene necesidades es una persona que rompe las barreras de la independencia y solicita la ayuda de los demás (Waldron, 2000).

1.- Introducción

Los DESC en general, y el Derecho previsional, como subsistema del Derecho de la seguridad social encuentran tutela constitucional en el art. 14 bis de la CN, en los arts. 39 inc.3 y 40 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de la CN. No obstante ello, en la realidad material, quienes perciben jubilaciones y pensiones se encuentran en una situación de vulnerabilidad que el Estado debe proteger con mayor énfasis. Aun así, a pesar del deber del Estado, se puede observar que este grupo de personas debe batallar habitualmente frente a los tribunales en pos del reconocimiento de sus derechos.

Pareciera ser que dicho colectivo no es tratado por el legislador como sujeto de derechos, ya que, particularmente en el caso que analizamos¹⁴, es el propio Congreso el que a través de la ley 20.628¹⁵, del año 1973, dispone en su art 1 que “todas las ganancias derivadas de fuente argentina, obtenidas por personas de existencia visible o ideal, cualquiera sea su nacionalidad, domicilio e residencia, quedan sujetos al gravamen de emergencia que establece esta ley”.

Asimismo, en el art 5 inc. c) de la Ley 27.346¹⁶, modificatoria de la ley 20.628, del año 2016, incluye en el Capítulo IV, ganancias de cuarta categoría a “las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan

¹⁴ CSJN, “García María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 26 de marzo de 2019, disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-33919-PREVISIONAL--La-Corte-Suprema-declar-la-inconstitucionalidad-del-cobro-a-los-jubilados-del-impuesto-a-las-ganancias-.html>

¹⁵ Argentina, ley 20628 de Impuesto a la Ganancia, publicada en el B.O. el 27 de diciembre de 1973, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=17699>

¹⁶ Argentina, Ley 27346 modificatoria del Impuesto a la Ganancia, publicada en el BO el 22 de diciembre de 2016, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ancxos/265000-269999/269773/norma.htm>

su origen en el trabajo personal y en la medida que hayan estado sujeto al pago del impuesto, y de los consejeros de las sociedades cooperativas”.

En el año 2017, se sanciona la ley 27.430¹⁷, y que establece en su art. 1 que “todas las ganancias obtenidas por personas humanas, jurídicas o demás sujetos indicados en esta ley, quedan alcanzados por el impuesto de emergencia previsto en esta norma”.

Y finalmente, para comprender éste compendio de normas, es necesario determinar que la ley originaria 20.628 en su art 2 determina que “a los efectos de ésta ley son ganancias, sin perjuicio de los dispuesto especialmente en cada categoría, y aun cuando no se indiquen en ellas: 1) los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación”.

Una vez planteado, el marco normativo y en el caso que analizamos nos planteamos si los jubilados deberían, o no, tributar este impuesto y, en su caso, en qué escalas. Se ha llegado a afirmar que los salarios y las jubilaciones no constituyen una ganancia y, por ende, deberían estar exentos.

Lo cierto es que cada vez más trabajadores, jubilados y pensionados han quedado incluidos en éste impuesto, debido al incremento de los salarios y jubilaciones/ pensiones, producidos por el proceso inflacionario y al congelamiento de las escalas salariales que fija la ley, ya que no se han modificado, y en muchos casos han provocado la confiscación de salarios y haberes.

Los jubilados y pensionados, en nuestro sistema jurídico, han sido tratados como sectores excluidos, es por ello que, siguiendo a Abramovich, debemos considerar que:

“el enfoque de derechos, considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto, se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas” (Abramovich, 2006: 5).

Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solamente como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los Tratados de Derechos Humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos de exigibilidad y cumplimiento.

¹⁷ Argentina, Ley 27430 de Impuestos, publicada en el B.O el 27 de diciembre de 2017, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=305262>

En los ámbitos jurídico, económico y político existe un debate en general sobre el alcance de las obligaciones de los Estados, respecto de la obligación de desarrollo progresivo en materia de DESC, y las posibilidades presupuestarias. En el caso particular que analizamos cabe interrogarnos acerca del rol del juez cuando le es sometida una controversia sobre DESC, en cuestiones que resultarían privativas de los otros poderes. Esta cuestión se diversifica y multiplica en cuestionamientos que oscilan desde la dificultad de determinar el contenido de los derechos sociales, hasta la competencia de los jueces para tomar decisiones con incidencia presupuestaria.

Posner, en el trabajo titulado “*El rol del Juez en el Siglo XXI*”, plantea el siguiente interrogante:

“ a pesar de que los artífices detrás de las normas son los legisladores, no son ellos quienes inciden de manera directa sobre el derecho material de los particulares. Tan grave responsabilidad está en manos de los jueces, quienes “aplican” el Derecho abstracto para solucionar casos concretos. Sin embargo, dicha “aplicación” del Derecho no alcanzará su objetivo si es que antes no se ha delimitado cuál es el rol que debe cumplir el juez en nuestra sociedad contemporánea. ¿Debe limitarse a leer, interpretar y aplicar la ley o debe traer a la mesa lo que cosecha de sus propias reflexiones e ideales?” (Posner, 2010:1).

En éste contexto, el rol del Poder Judicial en la actualidad, constituye un verdadero desafío, porque aunque la decisión sea para el caso en concreto, en otros por ejemplo como son los reajustes de haberes jubilatorios, o la no imposición de un impuesto, como en el presente fallo, constituye una decisión que va más allá de la controversia debatida, ya que pueden suscitarse otros temas semejantes, donde el resto de los poderes del Estado, tanto el Ejecutivo como el legislativo, se ven compelidos a tomar medidas administrativas y legislativas, con incidencia presupuestaria.

2.- La decisión judicial en el “caso García”: derecho o necesidad.

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos respecto de los cuales éste tiene deberes de respeto, protección, promoción o garantía. Debe asimismo, organizar su estructura y su orden jurídico-político a fin de asegurar su plena realización. Ellos también determinan límites y metas de la acción del poder público. Son, por lo tanto, indisociables del concepto de Estado contemporáneo, al menos en todo cuanto su paradigma es el Estado de Derecho (Nikken, 2010: 56).

En nuestro sistema jurídico, los sujetos de la Seguridad Social en general, han sido tratados por el ordenamiento jurídico como objetos de regulación y no

como sujetos de derechos. Generalmente, se parte de la idea de que el Estado debe asistir a las personas frente a la vejez, la adversidad, la discapacidad y cualquier otra contingencia, sin embargo hay una diferencia entre reclamar una necesidad y demandar un derecho, según lo señala Waldron, cuando admite que “el portador de un derecho, es alguien que reivindica su autonomía, que si hay un valor positivo al que los derechos responden, ese valor es el de convertirse en persona con una vida por vivir, en cambio la persona que tiene necesidades es una persona que rompe las barreras de la independencia y solicita la ayuda de los demás” (Waldron, 2000: 24).

En el caso en análisis “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, la Corte Suprema de Justicia Nacional introduce el concepto de vulnerabilidad, situación que detentan la gran mayoría de los jubilados, pensionados y subsidiados en nuestro país, en relación con el de capacidad contributiva.

En su trabajo “*El rol de los derechos en el razonamiento práctico: ‘Derechos’, contra ‘Necesidades’*”, Waldron considera que “habitualmente se cree que la idea de necesidad genera algún tipo de responsabilidad, tal responsabilidad es un deber de dar, deber de cumplir, deber de rescatar (...), los deberes generados por las necesidades requieren que me aparte de mi camino para ayudarlo a usted. Una necesidad se vuelve normativamente relevante cuando una persona carece de algo que es necesario para la vida, la salud, el florecimiento personal” (Waldron, 2000: 13).

Sin embargo, entiende que “el discurso de derechos y el discurso de necesidades pueden incorporar una forma de respeto; pero sólo el lenguaje de los derechos conjuga en su propia estructura la idea de respeto a las personas y respeto a uno mismo. Tanto los derechos como las necesidades, incorporan reclamos en favor de que ciertos intereses sean atendidos; pero sólo el discurso de los derechos presenta a esos intereses en la voz de alguien que podría considerarse un miembro maduro de la sociedad, alguien que no piensa abandonarla y que espera ser tomado seriamente como una fuente perdurable de continuos reclamos” (Waldron, 2000: 19 y 20).

El Tribunal ha decidido poner en conocimiento del Congreso, la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados y pensionados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad y enfermedad, que conjugue éste factor relevante con el de capacidad contributiva potencial.

Para llegar a tal decisorio la Corte fundamenta su postura en las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia para personas en condiciones de vulnerabilidad, documento en que se considera tales a quienes por diversas razones se encuentran en especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva de Waldron, es plausible preguntarse ¿cuál es el argu-

mento contra el uso del término “derechos”? y ¿de qué modo el uso del término “necesidades” mejoraría la cuestión? El autor, entiende que en nuestros días se han usado los tribunales, bajo el lenguaje de los derechos, en cuestiones que debieron haberse planteado a los poderes políticos en términos de necesidades.

Pensar en término de necesidades, en el presente caso, nos compromete a instancias dialógicas entre la ciudadanía y quienes ejercen el poder político, que durante años dejaron en el olvido a éste colectivo y que para reivindicar sus derechos han tenido que valerse del poder judicial para, aunque sea, en casos individuales reconozca lo que por imperio legal y constitucional les pertenece.

El Poder Judicial, no debería poner en conocimiento de los poderes públicos un “deber de hacer”, ni siquiera establecer categorías en razón de ciertas desventajas o desigualdades estructurales, pues la Constitución Nacional y los Tratados de derechos humanos han consagrado deberes de respeto, protección, promoción o garantía de los Derechos y Garantías que el Estado se ha comprometido a garantizar. Pareciera ser, que en un Estado que no cumple con sus obligaciones, donde las situaciones de marginalidad y de vulnerabilidad de los individuos crece día a día, se debe recurrir a los Tribunales para hacer recordar al gobierno el valor que tiene cada persona, o bien mostrarles las necesidades de los individuos y ponerlos en conocimiento de su deber de actuación.

2.1.- Los hechos del caso.

El caso en análisis se inicia en la Provincia de Entre Ríos. La Cámara Federal de Paraná confirmó la sentencia del juez de primera instancia que había hecho lugar a la demanda y, en consecuencia, había declarado la inconstitucionalidad del art. 79, inc. c), de la Ley de impuesto a las ganancias (ley 20.628). El órgano fundamenta su decisión en “que las jubilaciones y los salarios resultan sustancialmente diferentes y que, por ello, aunque los últimos puedan ser gravados, la prestación previsional “no puede ser pasible de ningún tipo de imposición tributaria”¹⁸. La Cámara mantuvo su postura desde el decisorio del año 2015 en la causa “Cuesta, Jorge Antonio c/ AFIP s/ acción de inconstitucionalidad”¹⁹. En aquella oportunidad, la Cámara señaló que resultaba contrario al principio constitucional de integralidad del haber previsional su reducción por vías impositivas y que, al abonar el impuesto a las ganancias durante la actividad laboral, existía una evidente doble imposición si se gravaba, con ese mismo tributo, el posterior haber previsional.

¹⁸ Véase CSJN *García María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, Ob. Cit. 26 de marzo de 2019.

¹⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, “Cuesta Jorge Antonio c/ AFIP s/ acción de inconstitucionalidad, 29 de abril de 2015, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/camara-federal-apelaciones-parana-federal-entre-rios-cuesta-jorge-antonio-afip-sobre-accion-inconst-sumarisimo-fa15460001-2015-04-29/123456789-100-0645-1ots-eupmocollaf>

Ante tal decisión, la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante AFIP), interpuso recurso extraordinario que fue denegado en lo relativo a las invocadas causales de arbitrariedad y de gravedad institucional, y concedido en cuanto a que la sentencia interpretó normas de carácter federal. Ante ello, el Fisco dedujo un recurso de queja respecto de la mencionada denegación.

La Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia de Cámara y decidió declarar inconstitucional el art 79, inc. c), de la Ley de impuesto a las ganancias (ley 20.628) al considerar que infringían los arts. 14 bis, 16, 17, 31, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Art 15 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En consecuencia, ordenó a la AFIP que procediera a reintegrar a la señora García, desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se le hubieren retenido por aplicación de la mencionada normativa. Asimismo, dispuso que cesara para el futuro la aplicación del tributo con relación a sus haberes previsionales.

2.2.- La decisión judicial.

El Máximo Tribunal hace una ponderación, por un lado, sobre la legítima atribución estatal de crear tributos y, por el otro, del goce de derechos de la seguridad social en condiciones de igualdad entre los beneficiarios contribuyentes. Además, entiende que en el caso de los beneficiarios de prestaciones de la seguridad social, comprensivo de los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados de cualquier especie siempre que su status se origine en el trabajo personal, el legislador ha asumido que se trata de un colectivo uniforme al que diferencia de otra categoría, la de trabajador activo, a la que aplica, a partir del dictado de la ley 27.346, una escala de deducciones más gravosa. Tal proceder, conllevaría un reconocimiento de la naturaleza diferencial de la renta sujeta a tributo, esto es, el salario y la prestación previsional, otorgando mayor tutela a esta última.

A pesar de que el legislador ha establecido un trato diferente entre el colectivo pasivo y el trabajador activo respecto a la escala de deducciones, la Corte se interroga, si aún no hace falta fijar algún criterio diferencial entre las categorías de jubilados, pensionados y subsidiados, en razón en un estado de mayor vulnerabilidad (producto de la avanzada edad u otras situaciones particulares como la discapacidad o la enfermedad), que permita un tratamiento fiscal acorde a esa situación.

Quizás es oportuno pensar sobre la función que tiene en la actualidad el orden jurídico. Para ello, resulta esclarecedora la postura de Erikson, quien entiende que el orden jurídico moderno “esta guiado por una racionalidad material, lo cual significa que los valores políticos, sociales, económicos y morales se construyen

dentro del mundo jurídico, de modo que la toma de decisión jurídica, se parece más a la toma de decisión política y los economistas, sociólogos, asistentes sociales y tecnócratas comienzan a tener una influencia creciente en la aplicación práctica del derecho” (Erikson, 1997: 4).

El Tribunal avanza en reconocer que la naturaleza del reclamo de la señora García es eminentemente social, reclamo que encuentra justificativo en un amplísimo reconocimiento que hace la CN y la jurisprudencia de la CSJN, sobre los derechos de la ancianidad. En ese sentido, hace mención al antecedente “Beraitz”, que en la década del 50 sentó las bases del constitucionalismo social, reconociendo que es “de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho” cuando resultan involucrados los sectores sociales más necesitados.

Además, la Corte considera que la reforma de la Constitución de 1994 ha incorporado el principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo “medidas de acción positiva”, traducidas tanto en “discriminaciones inversas” como en la asignación de “cuotas benignas” en beneficio de las personas en razón a su vulnerabilidad.

Entiende, también, que:

“que el envejecimiento y la discapacidad, son los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado, son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales. Por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos de relevancia para la causa que se analiza”.

La Corte reconoce que la obligación del legislador, establecida en la reforma de 1994, de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos es transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal y “en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente “a cualquier precio”, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales”.

Respecto a la postura que tiene el legislador, sobre la capacidad contributiva como único parámetro para fijar tributos a jubilados, pensionados, retirados, y subsidiados, se pregona que, en éste caso, es insuficiente si no se evalúa, pondera y

coteja la vulnerabilidad vital de tales personas. La falta de consideración de la circunstancia de los grupos vulnerables, como pauta de diferenciación tributaria, supone igualarlos con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando a tal colectivo en una situación de notoria e injusta desventaja. Aquí, se torna visible lo que Erikson entiende respecto a que “el propósito de la regulación jurídica no es solo garantizar la libertad de acción del individuo y la autonomía de los órdenes sociales, sino armonizar los intereses en conflicto y evitar que personas y grupos caigan en la marginalidad” (Erikson, 1997: 5).

La Corte va más allá del análisis del principio de no confiscatoriedad tributaria, y sostiene que el análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo. La misma capacidad económica, convertida sin más por el legislador en capacidad contributiva, está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desigualando en la realidad lo que el legislador igualó.

Entiende, que la estructura tipificada por el legislador en la norma (hecho imponible, deducciones, base imponible y alícuota) termina subcategorizando en base a un criterio estrictamente patrimonial, fijando un mínimo no imponible a un universo de contribuyentes, que de acuerdo a una realidad que la Constitución obliga a considerar, se presenta heterogéneo. También, considera que la ley fue elaborada en un contexto histórico diferente, con un marco constitucional previo a la última reforma de la Norma Fundamental, y que, reiterada casi automáticamente a través de los años, ha devenido insuficiente y, en el presente caso, contraria al mandato constitucional.

Finalmente, la Corte consideró que, habida cuenta de la relación de colaboración que debe existir entre los departamentos de Estado, correspondía hacer saber a quién tiene las competencias asignadas para adecuar la norma a la CN, que la omisión de disponer de un trato diferencial para aquellos afectados por el tributo que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad (en especial los enfermos, discapacitados, ancianos) agravia la CN y los Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

3.- La ponderación judicial: desde la racionalidad formal a la racionalidad material

La Corte hace una ponderación sobre la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el colectivo formado por jubilados, pensionados, retirados y subsidiados en razón de la ancianidad, discapacidad y enfermedad, y estima que tal

situación debe considerarse para establecer su capacidad contributiva al momento de deducir el tributo a la ganancia. Ya no solo debe tenerse en cuenta la capacidad contributiva, en razón al patrimonio, como lo fija la ley, sino que deben ponderarse razones y circunstancias particulares, dadas por las condiciones de vida de cada jubilado, pensionado o retirado.

Los jueces, al decidir esta causa, han dejado de lado el criterio de la subsunción; es decir, no solamente a encuadrar los hechos en el marco legal, sino que han ponderado otras circunstancias, como por ejemplo la situación de vulnerabilidad de la actora. Y así lo entiende Erikson cuando afirma “el derecho moderno se encuentra en crisis, la crisis consiste en el desplazamiento del orden jurídico formalizado, (...) el derecho moderno se encuentra formado por principios integradores conflictivos, por un lado se encuentra la autonomía privada, cuya expresión en el nivel del orden jurídico, es la racionalidad formal y por otro el principio de la intervención estatal, que es la racionalidad material”. (Erikson, 1997: 4).

Como respuestas a ese cambio del modelo de subsunción se desarrollan los modelos de razonamiento jurídico que denominaremos de “racionalidad de fines” y de “racionalidad de necesidades”.

En el modelo de racionalidad de fines, en términos de Eriksson (1997: 121) “las reglas jurídicas y los principios que las respaldan le proporcionan al juez aquellos fines e intereses que funcionan como premisas básicas de la argumentación (...) Dentro del marco de lo factible y aceptable, el juez puede tomar sus decisiones de un modo comparativamente irrestricto y permitir que el problema mismo determine la decisión final”. Se asimila a esa corriente antiformalista que se denominó “jurisprudencia de intereses”, y que tiene como uno de sus referentes a Phillip Heck.

El modelo de racionalidad de necesidades es caracterizado por aquel autor como una variante del modelo anterior, desarrollado como resultado de la legislación del Estado Social de Bienestar, que atiende a “las necesidades concretas y reales de los miembros de la sociedad”. “Se basa en una (vaga) concepción de justicia. La racionalidad de una decisión se mide por sus efectos en las necesidades concretas de las personas involucradas”.

La diferencia fundamental es que el modelo racional de fines requiere decisiones socialmente equilibradas, es decir, decisiones fundadas en la armonización de los intereses en conflicto. Mientras que el modelo racional de necesidades requiere una satisfacción óptima de las necesidades concretas de las personas involucradas (Eriksson, 121).

Esta insuficiencia del modelo de subsunción para dar respuesta a los nuevos fenómenos y demandas sociales ha puesto en la discusión de la Teoría del Derecho cuestiones que se mantienen en un fecundo debate.

Además el autor afirma que:

“en una sociedad moderna las tendencias a la materialización del orden jurídico, en una sociedad liberal, no poseen una concepción del “bien humano”, sino que utilizan una serie de concepciones de la justicia, que por lo general no están articuladas, por lo tanto, implica que desde la interpretación como desde la sistematización, se puedan articular concepciones de justicia que son incompatibles o conflictivas entre sí. En el derecho moderno no hay una única concepción del bien humano y de la justicia, esto por lo tanto trae problemas de legitimidad en el derecho moderno” (Erikson, 1997, p. 6).

Esa falta de una única concepción de justicia, se advierte, en el caso en análisis, en el hecho de que la propia Corte admita diferentes concepciones del “bien humano o de la justicia”.

En el fallo en análisis, el Ministro Rosenkratz, en un voto en disidencia, hace una argumentación del principio de justicia distributiva y entiende que la Constitución Nacional impone al Estado el deber de garantizar los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable (art. 14 bis, CN).

El Magistrado considera que:

“la evaluación de la constitucionalidad de las medidas legislativas que aspiran a realizar el mandato constitucional de la justicia distributiva en el sistema jubilatorio, único cometido que la Constitución otorga al Poder Judicial en relación a dicho sistema, no puede llevarse a cabo sino teniendo en cuenta el modo en que los órganos representativos de la voluntad popular han decidido que aquel sistema se financie. No puede nunca perderse de vista la división de responsabilidades entre los distintos poderes del Estado que impone la Constitución y el rol preponderante que en esa división le cabe al Congreso de la Nación”.

Rosenkratz, en su voto argumenta que:

“el haber mínimo garantizado es actualmente de \$ 10.410,37 por lo que, en virtud de lo dispuesto por la ley 27.346, los jubilados y pensionados que solo tienen ingresos jubilatorios tributan únicamente cuando perciban haberes superiores a \$ 62.462,22. De acuerdo con las estadísticas oficiales, esta cifra es, además, más de 4 veces superior al haber medio jubilatorio del país y sólo es percibida por menos del 10% de los jubilados y pensionados (...) el Estado argentino al establecer ésta distinción, ha prestado especial atención a la situación de sus jubilados y pensionados más desaventajados”.

Adicionalmente, sostuvo que el cobro del impuesto a las ganancias a los jubilados no constituye un supuesto de doble imposición. Ello es así, por cuanto los aportes previsionales no son gravados por el impuesto a las ganancias que tri-

buta quien se encuentra en actividad dado que ellos son deducibles de los ingresos gravados con el impuesto a las ganancias. Además, el impuesto a las ganancias que se paga en actividad y el que se paga por recibir beneficios jubilatorios responde a hechos imposables distintos que gravan distintas manifestaciones de riqueza.

Haciendo un recorrido por los distintos fallos sobre temas previsionales, la Corte, en general, se ha manifestado particularmente sensible a las cuestiones que atañen al resguardo de los créditos pertenecientes a la clase pasiva, grupo vulnerable e históricamente postergado, procurando con sus decisiones hacer efectiva la protección que la Constitución Nacional garantiza a la ancianidad (art. 75, inc. 23).

En el fallo Izcovich del año 2005, declaró la inconstitucionalidad de normas procesales que conspiraban contra la celeridad de los procesos previsionales. La Corte, allí dijo que “aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad”²⁰. También se manifestó sobre el derecho de reajuste de las prestaciones previsionales y la movilidad jubilatoria en los fallos Sánchez y Badaro.

En el año 2007, en el fallo Badaro, la CSJN consideró que “en los numerosos precedentes que esta Corte ha dictado en materia de movilidad, se ha puesto particular énfasis en que los beneficios jubilatorios, que desde su determinación inicial se han vinculado con un promedio de salarios devengados, deben ajustarse de modo de dar adecuada satisfacción a su carácter sustitutivo. Ello lleva a resolver la cuestión planteada mediante la utilización del nivel general del índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos”.²¹ Tomando como precedente el caso Itzcovich, consideró que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional de asegurar los beneficios de la seguridad con carácter integral e irrenunciable.

Una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del

²⁰ CSJN, “Izcovich Mabel c/ ANSES, sobre reajustes varios”, 29 de marzo de 2005, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-itzcovich-mabel-anses-reajustes-varios-fa05000136-2005-03-29/123456789-631-0005-0ots-eupmocsollaf>

²¹ CSJN, “Badaro, Adolfo Agustín c/ ANSES, sobre reajustes varios” 26 de noviembre de 2007, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-badaro-adolfo-valentin-anses-reajustes-varios-fa07000202-2007-11-26/123456789-202-0007-0ots-eupmocsollaf>

Poder Judicial, por lo que formula una nueva exhortación a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática.

Asimismo, se admitió la actualización de las remuneraciones a los fines de los cálculos de los haberes jubilatorios en las causas Elliff y Blanco²². En Elliff, la Corte exigió que:

“Se recalcule tanto la Prestación Compensatoria como la Prestación Adicional por Permanencia que componen el haber jubilatorio, actualizando los salarios, con arreglo al índice de la Resolución ANSES 140/95 (salarios básicos de la industria y construcción -personal no calificado-) “hasta la fecha de adquisición del beneficio”, sin el límite temporal impuesto en dicha normativa. Por otro lado, declaró la inconstitucionalidad del inciso 2° del artículo 7° de la Ley 24.463, y dispuso el reajuste del haber jubilatorio, desde la fecha de adquisición del beneficio (15/01/04) hasta el 31 de diciembre de 2006 de acuerdo al índice de salarios, nivel general del INDEC, según lo resuelto en Badaro Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios”²³.

Finalmente, en la causa Villarreal del año 2014²⁴, se reconoció el derecho a la devolución de los aportes voluntarios efectuados al sistema de capitalización. Para ello, la Corte consideró, en primer lugar, que el jubilado había sido privado de las sumas que aportó en concepto de aportes voluntarios sin que exista ningún tipo de justificación estatal para hacerlo, privación que afecta el carácter integral e irrenunciable de la jubilación reconocido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. En segundo término, entendió que el Estado Nacional se había enriquecido con esos fondos a costas del jubilado sin causa legal que lo justifique y, en consecuencia, ha violado el mandato constitucional del artículo 19 según el cual ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley. Asimismo, destacó que era imposible concluir que las sumas aportadas voluntariamente quedasen en forma definitiva en poder del Estado, pues el legislador no había previsto que dichos aportes pasaran a integrar los fondos que administraba ANSES, sino que le había asignado al Poder Ejecutivo la tarea específica de reglamentar la forma en que iban a mejorar el haber previsional, lo que no había ocurrido.

²² CSJN, “Blanco, Lucio Orlando c/ ANSES s/ reajustes varios”, 18 de diciembre de 2018, disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-32887-PREVISIONAL---La-Corte-Suprema-falla-a-favor-de-los-jubilados.html>

²³ CSJN, “Elliff, Alberto José c/ ANSES, sobre reajustes varios”, 11 de agosto de 2009, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-elliff-alberto-jose-anses-reajustes-varios-fa09000063-2009-08-11/123456789-360-0009-0ots-cu-pmocsollaf>

²⁴ CSJN, “Villarreal, Mario José c/ Poder Ejecutivo Nacional- Poder Legislativo Nacional y MAXIMA AFJP s/ amparo”, 30 de diciembre de 2014, disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?IdDocumento=7186514&cache=1521072120001>

4.- Algunas reflexiones finales

En la actualidad, el orden jurídico debe armonizar principios integradores incompatibles, principios que pertenecen a diferentes etapas de la sociedad capitalista. El propósito de la regulación jurídica ya no es primordialmente proteger la libertad de acción del individuo y la autonomía de los órdenes sociales, sino armonizar los intereses en conflicto y evitar que personas y grupos caigan en la marginalidad (Erikson, 1997, p.5).

El fallo analizado introduce un nuevo concepto al momento de gravar las prestaciones jubilatorias, que tiene que ver con ponderar la capacidad contributiva de los beneficiarios de las prestaciones de la seguridad social con el grado de vulnerabilidad del colectivo al que pertenecen los jubilados, pensionados, retirados y subsidiados.

Desde la perspectiva de Waldron, la Corte considera que la demandante ha reclamado un derecho, y sostiene que el envejecimiento y la discapacidad son los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado y son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales. Por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos.

Para finalizar nuestra reflexión, recordamos lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en la causa “Cinco Pensionistas vs. Perú”²⁵ en el año 2003 quien ha sostenido que “los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo (...) se debe medir, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales, y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social”.

Y aquí se torna visible lo que Erikson sostiene respecto a que en el derecho moderno **ya no estamos frente a una racionalidad formal, sino material**, donde el Juez para fundamentar su decisión, no lo hace solamente teniendo en cuenta el principio de legalidad, sino que encuentra su argumento en una policentricidad de fuentes del derecho, como son los principios y valores que surgen de los Pactos Internacionales y en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que ya hoy existe no solamente un orden jurídico interno que es supremo, sino que los jueces nacionales deben ejercer el control de convencionalidad y tener

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Cinco Pensionistas” vs. Perú, 28 de febrero de 2003, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf

en cuenta las decisiones de la CIDH.

Bibliografía

Erikson, Lards, (1997), Capítulo I, “*Tendencias conflictivas en el Derecho Moderno*”, Editorial Gedisa, Págs. 115 y 116.

Abramovich, Víctor (2006), “*Una aproximación al enfoque de los derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*”, disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050_es.pdf, consultado en abril 2020.

Nikken, Pedro (2010), “*La Protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad los derechos, económicos, sociales y culturales*”, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>, consultado mayo de 2020.

Posner, Richard (2010), “*El rol del Juez en el Siglo XXI*”, disponible en <http://ezproxybib.pucp.edu.pe/ojs/index.php/themis/article/view/9129/9540>, consultado en abril 2020.

Waldron, Jeremy (2000), “*El rol de los derechos en el razonamiento práctico: “Derechos” contra “Necesidades”*”, disponible <http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/266/225>, consultado en abril 2020.

Jurisprudencia

CSJN, “*García María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*”, 26 de marzo de 2019, disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-33919-PREVISIONAL---La-Corte-Suprema-declar--la-inconstitucionalidad-del-cobro-a-los-jubilados-del-impuesto-a-las-ganancias-.html>, consultado en abril 2020.

Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, “*Cuesta Jorge Antonio c/ AFIP s/ acción de inconstitucionalidad*”, 29 de abril de 2015, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/camara-federal-apelaciones-parana-federal-entre-rios-cuesta-jorge-antonio-afip-sobre-accion-inconst-sumarisimo-fa15460001-2015-04-29/123456789-10-0-0645-1ots-eupmocsollaf>

CSJN, “*Izcoovich Mabel c/ ANSES, sobre reajustes varios*”, 29 de marzo de 2005, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-itzcovich-mabel-anses-reajustes-varios-fa05000136-2005-03-29/123456789-631-0005-0ots-eupmocsollaf>, consultado en abril 2020.

CSJN, “*Badaro, Adolfo Agustín c/ ANSES, sobre reajustes varios*” 26 de noviembre

de 2007, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-badaro-adolfo-valentin-anses-reajustes-varios-fa07000202-2007-11-26/123456789-202-0007-0ots-eupmocsollaf>, consultado en abril 2020.

CSJN, “*Blanco, Lucio Orlando c/ ANSES s/ reajustes varios*”, 18 de diciembre de 2018, disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-32887-PREVISIONAL---La-Corte-Suprema-falla-a-favor-de-los-jubilados.html>, consultado en abril 2020.

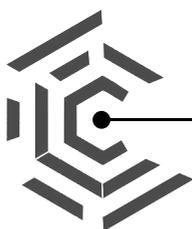
CSJN, “*Elliff, Alberto José c/ ANSES, sobre reajustes varios*”, 11 de agosto de 2009, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-elliff-alberto-jose-anses-reajustes-varios-fa09000063-2009-08-11/123456789-360-0009-0ots-eupmocsollaf>, consultado en abril 2020.

CSJN, “*Villareal, Mario José c/ Poder Ejecutivo Nacional- Poder Legislativo Nacional y MAXIMA AFJP s/ amparo*”, 30 de diciembre de 2014, disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7186514&cache=1521072120001>. Consultado en abril 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Cinco Pensionistas vs. Perú*”, 28 de febrero de 2003, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf, consultado en abril 2020.

Procesos de Acreditación y crisis en la enseñanza del Derecho:

Ejes para el debate



Juan Manuel Otero

(UNRN – UNS)

Cristian A. Puebla Fortunato

(UNRN)

Resumen:

En el marco de las II Jornadas de Investigación en ciencia jurídica de la Facultad de Derecho de la UNICEN, dentro del área temática de Filosofía y Teoría General del Derecho, presentamos este trabajo que como eje principal estudia el estado de crisis que atraviesan las Facultades de Derecho en Argentina ante la situación de acreditación dentro del marco del artículo 43 de la Ley de Educación Superior (en adelante, LES).

A través del proyecto de Investigación “*Desafíos de la enseñanza del derecho en el universo jurídico contemporáneo. Reflexiones a partir de los procesos de reforma en el marco de proyectos de acreditación de carreras prioritarias*” aprobado ante la Secretaría de Políticas Universitarias y en curso, planteamos una serie de preguntas, algunas generales y otras más específicas: ¿Sirven, y para que, las Facultades de Derecho en la Argentina? ¿Cumplen su función? ¿Cuál es esta función? ¿Es posible emprender proyectos de reforma para una *mejor* enseñanza jurídica? ¿Si es posible, de qué forma la inclu-

sión de las carreras de abogacía dentro del marco del artículo 43 de la LES facilita o dificulta este proceso?

La necesidad de repensar la forma en cómo se enseña el Derecho en Argentina nos impone tener que analizar la manera en cómo el nuevo escenario que plantea el proceso de acreditación, condiciona cualquier proyecto de reforma tendiente a una *mejor* educación jurídica.

A través de un cuadro teórico que reafirma la situación de crisis y que sostiene un diagnóstico profundo y realista de la forma en cómo las Universidades hoy llevan a cabo el proceso de formación, se analizan las promesas y los proyectos de reforma efectivamente en curso, relacionados con aquella búsqueda de una nueva forma de enseñar el Derecho.

El desafío es el de analizar cómo estas dinámicas y promesas podrían ser compatibles con un proceso de acreditación que, prima facie, tiende hacia la uniformidad y relativa homogeneización de las reformas.

1.- Primeras palabras

La formación jurídica que reciben los futuros profesionales del derecho en nuestras universidades sigue desarrollándose en la lógica formalista que conlleva la repetición memorística de cuerpos legales, como los códigos, sin fomentar destrezas que requiere la abogacía en la actualidad. Estas destrezas y solo a fin de ilustrar alguna de ellas, requieren otro abordaje. Cuando referimos a otras destrezas hacemos mención a la mediación, conciliación, litigación, escritura, argumentación, prácticas de brindar asesoramiento, entre otras.

Ubicándonos dentro del área de *Filosofía y Teoría General del Derecho*, aspiramos a estudiar la crisis que atraviesan las facultades de derecho en nuestro país ante este desafío que conlleva la acreditación de las carreras de Abogacía dentro del marco del artículo 43 de la LES.

Sumado a ello debemos señalar que, en un contexto globalizado, las dinámicas suscitan diferentes cuestiones, tal como la internacionalización de la educación superior, la inmediación de la información, nuevas maneras de empleo, automatización de ciertas tareas, entre otras cuestiones que deben dar lugar a repensar la enseñanza del derecho como un tema neurálgico con desafíos más que interesantes.

Los interrogantes esquematizados presuponen haber definido, qué entendemos por una reforma de los planes de estudio para una mejor enseñanza, para así poder juzgar a los actuales planes, así como adoptar una posición valorativa sobre los futuros. Se trata de operaciones que en este trabajo no realizaremos.

Lo que entendemos por una reforma de los planes de estudio para una mejor enseñanza jurídica es aquella reforma que tiene como fin lograr un plan de vida de la carrera misma. Posee un sentido del deber ser acerca de lo que se pretende generar a partir de la selección de contenidos que privilegian por un lado, y que se desplazan por otro, cuando se emprende una tarea de este tipo.

Esta evaluación institucional corresponde al Estado para aquellas carreras contempladas en el artículo 43 de la LES ya que son identificadas como aquellas que comprometen al interés público y que pueden poner en riesgo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes.

Así, el régimen que coloca el art. 43 de la LES, su impacto, provoca una gran modificación de los planes de estudio vigentes, sobre todo en aquellas carreras que, como Abogacía, revisten de la carga o estigma social de ser identificadas como *tradicionales*.

El estilo de estudio predominante dentro de la educación legal en la Argentina era inmiscuirse en lo codificado, pero esta inmersión en los fundamentos del art. 43 de la LES, hace que se repiense tanto la pedagogía como los contenidos mínimos a desarrollar.

2.- ¿Qué buscamos a la hora de formar?

Antes del proceso al que se someterían las Facultades de Derecho y sus carreras de Abogacía, solo con ingresar en sus portales web podíamos apreciar que no todas explicaban qué perfil buscaban en sus futuros y futuras profesionales. Muchas se limitaban a enunciar qué asignaturas tendrían o explicaban la forma en la que se estructuraba su plan de estudios en ciclos, años, semestres. Incluso, una reducida cantidad, detallaban qué entendían por justicia, derecho y sobre perfiles laborales a los que podrían aspirar sus estudiantes. Pocas mencionaban, como deseo, qué se esperaba de sus estudiantes²⁶.

Malcolm Gladwell (2009) señala que la clave del éxito para ser reconocido en un área es empezar lo más pronto posible y que especializarse conlleva diez mil horas. Se trata de implementar disciplina, ser metódico y emplear un buen uso del tiempo. Refiere que debe ser una práctica de una tarea que pueda llevarse a cabo por 10 años al promedio de veinte horas semanales.

Al respecto, Anders Ericsson (2013) quiso refutar esas diez mil horas enunciadas y sostuvo que no se podía equiparar toda habilidad de aprendizaje a la cues-

²⁶ Al respecto, Puebla Fortunato (2017) enuncia las características de algunas páginas web de Universidades Argentinas en las que se limitan a enunciar las asignaturas del plan de estudio, verifica que son muy pocas las que describen expectativas o explicaciones acerca de los roles profesionales.

tión de cómo dividir y asignar tiempo. Como si se tratara de actividades de igual complejidad.

Epstein (2019) explora dos vidas de personajes reconocidos en el ámbito deportivo y estudia su desarrollo personal. Describirá que los generalistas son quienes ganan en un mundo especializado. Es entonces que habla sobre cómo Tiger Woods se volvió golfista profesional y cómo el tenis vive el éxito de Roger Federer.

Woods comenzó desde muy pequeño, en la década de los 70', en California, observando a su padre. A sus siete años tuvo su primer palo y al año próximo obtenía todas las victorias en su ciudad, poco tiempo después le ganaría también a su padre.

En Suiza, Federer, hijo de una entrenadora de tenis que siempre se negó a entrenarlo. Un joven que jugaba al squash con su padre y que practicó varios deportes, desde artes marciales, hasta skateboard, bajo la premisa de sus padres que le decían que no debía hacer trampa, aspiraba a convertirse en profesional. Su incentivo era ganar dinero para poder comprarse más cd's.

Lo visto nos permite vislumbrar las diferentes vicisitudes entre el aprendizaje diverso y la especialización lenta, más aún, la necesidad de un pensamiento interdisciplinario. Los ejemplos permiten transpolar aspectos para delinear la dinámica en la enseñanza y el aprendizaje. Como fin, entonces, nos preguntamos, cómo formamos.

Böhmer (2013) explica que el Derecho no es solo un conjunto de normas, sino que implica hábitos que se aprenden e incorporan, destrezas²⁷, actitudes, pero sobre todo, formas de razonamiento particulares.

Con la acreditación de las carreras de Derecho prevista por el art. 43 de la LES, podríamos decir que nos encontramos en una nueva etapa en la historia de su enseñanza. Tal cambio se evidenciará en unos años, pero el proceso hacia ese nuevo giro ha comenzado.

Ahora, la pregunta sobre cómo formamos no solo la abordarán las Universidades, sino que también el Estado con una participación más activa en ese proceso.

El Derecho ya no puede ser visto como estático, simple, local, sino todo lo contrario, es complejo, imprevisible, dinámico.

Las respuestas a tal búsqueda en la formación abogadil las otorgarán los proyectos institucionales que, a su vez, podrán optar por modificar los planes sustancialmente y profundamente o, por otro lado, podrán ser planes que sus acciones

²⁷ Un ejemplo de enseñanza de destrezas es la que se realiza a través de los Concursos Nacionales Universitarios de Litigación Penal (CNULP) que desarrolla desde hace 10 años el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)

serán mas declarativas que concretas. Los cambios no son cómodos, tampoco agradan a quienes están bien en su zona de modelo predominante.

Los diferentes cambios sociales, explica Pérez Perdomo (2006) modifican toda manera de vida, trabajos, vínculos. Es así que tales cambios nos proponen a pensar nuestras profesiones. Entonces resulta oportuno que nos planteemos si esta cambiando nuestra profesión jurídica en esta época que atravesamos y de ser así, cómo lo está haciendo, a qué afecta, a dónde debería estar dirigida y porqué.

Cuando criticamos la manera en la que se enseña el derecho, identificando al formalismo jurídico como su principal exponente, no lo hacemos por ocio, sino porque se comprende que, como señala De Vincenzi (2012) el mundo del conocimiento cambia a gran velocidad y la apropiación de conocimientos de manera enciclopedista resulta obsoleta, ya que

“Hoy el verdadero valor de una práctica pedagógica está centrado en el enseñar a aprender, a identificar fuentes válidas de información y conocimiento y a disponer de capacidades de indagación y resolución de problemas que permitan adaptarse a escenarios de alta complejidad e incertidumbre” (De Vincenzi. 2012:116).

3.- ¿Dónde estamos?

Nos encontramos en la etapa en que algunas Casas de altos estudios recibieron, o están próximas a recibir, a los pares evaluadores de CONEAU. Tal como la UNRN, desde donde escribimos. Pero lo central es el desafío que tenemos en frente: repensar la enseñanza del Derecho desde nuestra región, ya que lo jurídico pareciera ser estrictamente el estudio de la letra de la norma y siguiendo a Pérez Perdomo (2006), de procedimientos ante nuestras cortes, como si la disciplina jurídica se tratase solo de tal aspecto. Como si se fuese un área aislada a las ciencias sociales.

4.- Lo que esperan de nosotros

La formación que reciben los futuros profesionales que detentaran el título de abogado/a constituye una preocupación constante. Son ámbitos diversos en los que se discute esta problemática. Operadores del Derecho, autoridades políticas, periodistas y ciudadanos exponen una gran diversidad de necesidades sociales.

En la actualidad se puede constatar una creciente demanda social y al mismo tiempo, una constante preocupación estatal sobre la manera en cómo se enseña el Derecho en nuestras Universidades.

Fucito (2001) sostiene que antes de hablar del cómo se enseña, se deberían

generar mecanismos de equidad que abarquen la mayor cantidad de población posible, de lo contrario ningún derecho podría ser considerado como aceptable. El autor distingue dos clases de derechos en Argentina, los que tutelan los derechos básicos como la vida, la salud, etc., y los que denomina “necesidades básicas insatisfechas”.

¿Cuál es el Derecho que se enseña, cómo se lo enseña, para qué, y quién lo hace? Y la pregunta que deberíamos utilizar es, quizás, ¿qué perfil de futuro abogado se espera?

En el mismo sentido, Böhmer (2012) marca la relevancia que ocupan las Facultades de Derecho en nuestro país, los importantes puestos de poder que tendrán muchos de nuestros graduados, ya que, como es evidente, señala que el acceso a la justicia y a la Judicatura están reservados para los abogados. Esto último no difiere en demasía en otros Estados. Tal lo visto, muestra que la formación reviste fundamental relevancia de cara a los intereses de los Estados y de la ciudadanía.

Desde el retorno a la democracia en nuestro país, el sistema del Derecho fue aumentando su protagonismo y se evidencia en que “la cosa pública” de suma importancia se termina resolviendo en las cortes (Böhmer, 2013).

Podríamos diagnosticar que el Derecho es más diverso que el que se enseña en las aulas, ya que lejos está de ser solo teoría.

Si brindamos herramientas que resultan toscas, torpes, poco maleables, cómo podrán los y las estudiantes desenvolverse a la hora de ejercer la profesión.

Los roles de estas reformas pueden ser explicados desde González Mantilla (2011) quien argumenta que los procesos de cambio y transformación de las sociedades son el reflejo del mundo de hoy. Por esa razón, se espera que las respuestas del Derecho superen el formalismo jurídico, que se condigan con la nueva realidad. En tal orden de ideas, concluye que si la enseñanza del derecho no se adapta a estos procesos sociales será obsoleta e injusta.

5.- Replanteando la dirección

De acuerdo a lo visto, podemos decir que necesitamos generar un equilibrio entre la parte analítica y la práctica, como así también, fomentar la enseñanza de la ética profesional que no se encontraba en los planes de estudio de las carreras de Abogacía del país. Lo último resulta un dato de vital importancia, ya que cuando se gradúan, luego si desean ejercer la profesión y obtener la matrícula habilitante, se les toma juramento por un código y normativas que jamás habían estudiado, el Código de Ética. Esto implica una auto deslegitimación.

La acreditación permite que tengamos la esperanza de creer en un replanteamiento profundo de la forma en la que se enseña el Derecho, pero debemos ser conscientes de que nuestros claustros se han formado, y forman, desde el formalismo basado en el estudio de los Códigos, privilegiando la memoria, y dejando de lado la discusión y la generación de pensamiento crítico.

El Derecho parece desconectarse y actuar de forma autista respecto a otras ciencias sociales, y por lo tanto su cambio es impostergable.

Necesitamos comprender la reforma de los modelos de enseñanza del derecho para poder responder la pregunta sobre qué se desea enseñar, qué metodología utilizar y vislumbrar a qué resultados se aspiran.

Hay que ser conscientes de la construcción institucional que se pretende, así como de la herramienta de políticas universitarias a emplear.

La enseñanza del derecho tiene un problema central que resulta de la relación íntima entre el derecho como elemento de poder, las dinámicas estatales y las jurídicas tradicionales, así como el aspecto negativo hacia ellas, en gran parte, al Poder Judicial. Con lo cual, comenzar por la formación parece ser un buen primer gran paso.

Hay que asumir que el Estado, como sistema institucional, reclama, y con éxito, ser el único que pueda ejercer el poder desde múltiples formas, estableciendo las reglas de juego.

En el año 2014 un grupo de trabajo de la American Bar Association elaboró el informe titulado “*Report and Recommendations. American Bar Association Task Force on the Future of Legal Education*”, que se dedicó exclusivamente a estudiar el problema del futuro de la educación legal en los Estados Unidos. Si bien no se sitúa en la misma tradición jurídica, el informe sirve como guiño para evidenciar preocupaciones y temáticas de actual relevancia, tales como, pérdida de confianza en la carrera, falta de innovación dentro de los claustros docentes, entre otras.

Es entonces que, siguiendo a Bobbio (2005) podemos decir que siempre enseñamos el Derecho de la misma forma en la que lo aprendimos, ya que se sigue replicando la enseñanza del derecho como si se tratase de principios coherentes y unificados para razonar desde casos particulares a generales, mostrándolo como un sistema cerrado, sin lagunas, que presenta respuestas para cualquier problema, que cuadra y que se basta asimismo.

De acuerdo a Gordon (2002), el Derecho es un conjunto cerrado de normas que debe ser “*previsto y controlado desde las alturas*”, es decir, por el poder político, desarrollándose desde los gobiernos. Las normas, señala, deben tener una concatenación específica, no por su lógica, sino porque deben ser obedecidas y tienen que

ser tomadas en textos sistemáticos y orgánicos, los Códigos. Estos serán los que disciplinen el ordenamiento jurídico. ¿Cómo se refleja esta realidad en los planes de estudio? evidentemente los diseños a los planes de estudio, como señala Böhmer (1999) son, en su gran mayoría, un curso que versa sobre la Constitución, otro para el Código de procedimientos civil, también para el Código Penal y por su extensión, algunos, varios, para el Código Civil.

Tal como sostiene Kennedy (2012), si bien no son las únicas asignaturas, son las que se jerarquizan como más importantes. Es así que Pérez Lledó (1996) enfatizará que el las asignaturas troncales, necesarias para la formación del jurista, son aquellas que no tienen aspectos sociológicos, valorativos o políticos, ya que lo que definiría a la identidad de los abogados, es su aspecto técnico y neutral. Otros cursos se ubican en la periferia y su rigurosidad no es tal.

Kennedy afirma que:

“la concepción mercantil de las facultades, la infinita atención al árbol que impide ver el bosque, la simultánea formalidad y superficialidad con las que se abordan las limitadas tareas que parece haber a mano, todo eso es sólo una parte de lo que sucede. La otra parte es un entrenamiento ideológico para servir voluntariamente a la jerarquía del Estado de bienestar empresarial”. (Kennedy, 2009: 373).

Con lo cual, esta desproporción entre cantidad de asignaturas propias de la codificación, con las provenientes de otras disciplinas, que atraviesan al derecho, es evidente.

De modo mucho más explícito y coherente con la rama específica, Nissen sostiene que es *“el comercio el que obliga al jurista a legislar y no el legislador el que impone sus ideas al comerciante, pues cuando esto ocurre, y los ejemplos sobran, las instituciones creadas por aquel quedan sumidas en el más absoluto fracaso”*(Nissen, 2015: 30).

6.- Hacer el Plan

Siguiendo a De Vincenzi (2009) podríamos definir al actual escenario universitario como aquel que esta atravesado por la rapidez de la transformación del conocimiento, la progresiva masificación de la educación superior, la creciente heterogeneidad del estudiantado y la incorporación de nuevas tecnologías de la información y de la educación.

Es usual que un aula de derecho este dirigida por un abogado de profesión, un Juez, un Fiscal, pero en contadas excepciones se tiene a un profesor de derecho, juristas, con algún conocimiento en pedagogía (Puebla Fortunato, 2017) condice con la crisis de confianza en la educación profesional y en los profesionales que guían ese aprendizaje solo por la búsqueda del estatus social.

De Vincenzi (2009) señala un aspecto que es central y muestra, entendemos, uno de los pilares de la falla de nuestro sistema, el cual no es ajeno a las carreras de Abogacía:

“Si bien esta planteado en los debates acerca del mejoramiento de la calidad de enseñanza que la profesión docente implica exigencias de conocimientos del área pedagógica para poder ejercerla, no se ha regulado aún en la Argentina el requisito de una titulación que habilite para el ejercicio de la tarea de enseñar en el nivel universitario” (De Vincenzi. 2009:88).

A la hora de diseñar un plan de estudios desde cero o reformar uno, se suma la tendencia global de reducir los tiempos de duración de las carreras de grado. El verdadero planteo debería ser cómo enseñar cada asignatura con teorías más comprensivas y generales problematizando cuestiones sociales que no sean netamente jurídicas. Utilizando como ejemplo a la asignatura de Contratos, Sozzo (2016) alega que no debería empezar con la dogmática del contrato sino con textos que llamen a la reflexión del fin social del mismo.

Gozaíni (2001) aporta el método de estudios de casos. Presenta siete alternativas en la enseñanza del Derecho usualmente dividido en asignaturas codificadas o dictadas mediante magistrales de clases. Uno es el abordaje de casos, tanto reales como hipotéticos, para promover que el estudiante se cuestione y aplique estrategias nutriendo su capacidad de análisis. Otro método es el debate con la figura del moderador, el cual brinda herramientas para que el estudiante forme su opinión y perfeccione su expresión oral. Un método alternativo es el juego de roles para ejercer las diferentes posturas dentro de un proceso, como por ejemplo, actuar de juez o de fiscal o de querellante, etc. Un cuarto es la realización de simposios o seminarios que permitan la investigación y el debate, dándoles a los estudiantes una aproximación y capacidad de análisis jurídico y la formación en trabajos coordinados en equipo. El quinto modelo es el de tormenta de ideas para inculcar la creatividad a la hora de proponer y debatir ciertas ideas o temas sugeridos. Los últimos dos sistemas que propone el autor son el de trabajos en grupo y la construcción de redes conceptuales que pueden integrarse en los modelos desarrollados anteriormente.

Retomando a Fucito (2001), él critica la concepción que sostiene que un buen abogado o un buen juez es aquel que conoce mejor la ley. Sostiene la importancia de los conocimientos de cultura general, y añade que lo jurídico no debiera excluirlos, ya que esos conocimientos permiten entender mejor la pertenencia del Derecho a la sociedad y así resolver conflictos. Entonces explicará para un jurista tradicional el sancionar una norma ya cambia al mundo, como por arte de magia, subrayando que, en realidad, en la mayoría de los casos, ni siquiera la roza.

La concepción de que todo un sistema de normas, puede anticipar a la diversa cantidad de conflictos, modificando así la realidad mágicamente, siendo la ley

la única propuesta de ajuste social. Si partimos de tal idea, lo que sucedería con los planes de estudio es que, así como se trata de modificar legislaciones que resultan novedosas, pero que no se cumplen, es posible que suceda lo mismo con las reformas a los planes.

Parece acertar cuando el referido autor afirma que las reformas deberían considerar al interés del estudiante (sea el status social, la vocación u otro motivo), las ideologías o limitaciones de los profesores (relativamente impermeables a las modificaciones de los planes de estudios), el presupuesto educativo y los sueldos docentes (Fucito, 2002:43 y 44).

7.- Construyendo el perfil

Sozzo (2016) aborda al perfil del estudiante de Derecho como aquel que comenzó su carrera admirando la profesión liberal, una herramienta para un progreso de status social. Tales alumnos encuentran en las carreras de Abogacía una formación que abarcaría diferentes ciencias sociales o humanidades, ante su duda de qué estudiar. Muchos de los mejores estudiantes eligen otra carrera o toman alternativas paralelas a su rol de estudiantes, como el militar en política o trabajar en ONGs. Ya graduados, en muchos casos, se inicia un proceso de diferenciación a partir del involucramiento en luchas nobles que consideran justas o incursionando en la investigación en el campo académico.

Resultaría ingenuo sostener que hay una separación entre la forma de enseñar Derecho y la concepción que se tiene del mismo (Vásquez. 1996).

El juego plantea un cambio radical en la formación de nuestros estudiantes, un perfil nuevo. Esto implica profundos compromisos institucionales para que puedan abordarse situaciones reales. Se trata de generar abogados para la realidad actual y no para el mantenimiento del *status quo* (Gordon. 2002).

Al respecto, sostenemos que para poder implementar una enseñanza del Derecho que se comprometa con perspectivas interdisciplinarias y que sea consciente, tanto de las justificaciones filosóficas, como de las jurídicas, así dará como resultado a la obtención de mejores abogados (Vasquez. 1996). Para todo ello debemos resaltar espacios para dicha enseñanza, como así también, la necesidad de una reserva para desarrollar concretamente una formación abogadil propia de una profesión donde la práctica se extiende por demasía a la mera repetición de normativas (Vazquez, 1996).

Aunque existan varios proyectos de reforma en la enseñanza del Derecho en América Latina, la realidad es que la norma continúa siendo el modelo clásico formalista de enseñanza. El aprendizaje memorístico y la abstracción son la técnica.

Sin embargo, debemos ser conscientes de lo que falta realizar, del roce entre complejidad y discrecionalidad de las instituciones, y aquí podremos ser protagonistas de estudiar cómo influirá el proceso de acreditación de las carreras de Abogacía según lo establece la Ley de Educación Superior (art. 43, ley 24.521).

8.- Ley de Educación Superior y sus desafíos

La LES regula, entre otras, a aquellas carreras donde su ejercicio profesional influye de forma directa al interés público de la sociedad (arts. 42 y 43, ley 24.521).

Con la premisa de garantizar la calidad educativa, se da lugar a oportunidades de control y mejoramiento, así como a la apertura al control por parte de la ciudadanía, detección de fortalezas y deficiencias, y es así que los requisitos de acreditación juegan un papel protagónico.

En “*las carreras en las que se expidan títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público*” (art. 43 inc. b, LES), se deben abordar los planes de estudios con la carga horaria estipulada por el Ministerio de Educación en acuerdo con el Consejo de Universidades (remisión expresa del art. 43 1° párr. al art. 42) y de los contenidos curriculares básicos que estipule el mencionado Ministerio.

Siendo las carreras de Abogacía una de

“aquellas carreras correspondientes a profesiones reguladas por el Estado cuyo ejercicio pudiere comprometer el interés público, al colocar en riesgo de modo directo la salud, la seguridad y los bienes de los habitantes, requieren de la definición de contenidos curriculares básicos, el establecimiento de la carga horaria mínima, la formulación de criterios relativos a la intensidad de la formación práctica así como el establecimiento de estándares para la acreditación de la carrera y la fijación de las actividades reservadas al título.” (Resolución N° 436/2009 Ministerio de Educación de la Nación).

Este control estatal también influirá en la forma del ordenamiento de las asignaturas, de cara a garantizar la calidad. Es entonces que existe una relación compleja entre lo general y lo específico. Cada diseño curricular particular deberá sortear y amalgamarse al proceso de reforma. Al respecto debemos subrayar que no se trata de uniformizar todas las carreras de Abogacía, sino de alcanzar un núcleo básico compartido.

Cada Unidad Académica, preservando la diversidad, deberá producir su propio núcleo estandarizado y de aplicación común, el que deberá ser aprobado por el Consejo de Decanos y propuesto al Consejo de Universidades.

Cualquiera sea el caso, el proceso de acreditación resulta ser determinante

del futuro en la Abogacía argentina.

9.- Consideraciones finales

Resulta interesante lo planteado por Kennedy (2014) cuando remarca la desproporción entre la rama privada y la rama pública del derecho, así como la parte procesal y la que desarrolla estudios interdisciplinarios. En esta línea señala que el Derecho privado es de centro derecha, mientras que el resto de las ramas son de centro izquierda. Explica que la rama del derecho público, ubicada como de centroizquierda, engloba al derecho constitucional, tributario, penal, distintas disciplinas regulatorias y al derecho administrativo. Al respecto plantea que las reglas de los enfoques políticos no son neutrales y que la orientación de las políticas no opera como alternativa al plan de estudio clásico de doctrina. Se pregunta ¿para qué sirven estas reglas? ¿A qué propósito responden? Y sostiene que si comenzamos a cuestionarnos llegaremos a la conclusión que de que muchas de ellas no son útiles, ni siquiera buenas como se las concibe.

El autor alega que tradicionalmente se enseña que el sistema tiene muchísimo sentido y coherencia, y la idea de la dificultad que conlleva imaginar un panorama distinto de lo que resulta ser.

“Las cosas que conocemos y aprendemos en la facultad de derecho refuerzan la tendencia de las personas normales de clase media a ser bastante ignorantes, a no entrar en contacto con las realidades más brutales del funcionamiento de nuestro sistema... el sistema educativo produce esta clase jurídica ultra poderosa que posee una perspectiva social bastante estrecha sobre cuáles serán las consecuencias del poder que va a ejercer.” (Kennedy, 2014:93).

Cabe enunciar ciertas conclusiones, que podemos utilizarlas como parte de una respuesta a la pregunta acerca de si las reformas de los planes de estudio facilitan o tienden a una mejor enseñanza del derecho:

1. El estrés institucional que generan es innegable.
2. Favorecen la adecuación de estándares mínimos.
3. El proceso de acreditación facilita, por lo menos, que se emprendan proyectos de diagnósticos sobre prácticas de las carreras y, sobre todo, sobre los planes de estudio. Es una ventana de oportunidades que puede aprovecharse por fuerzas contraculturales al status quo dominante en cada una de las carreras, o por otro lado, puede terminar de consolidar posiciones solidificadas. Mientras el proceso sea profundo y sincero.
4. El juego de poder interno dentro de la estructura de cada

Facultad no se encuentra previamente definido, generándose oportunidades para que incipientes contraculturas institucionales se posicionen con cierta capacidad de éxito en procesos de reforma que son favorecidos por la aplicación del artículo 43 de la LES.

5. Una decisión sustantiva acerca de un plan de estudio maduro debería ser un buen incentivo para emprender un proceso de acreditación que no se contente con un análisis armónico de la carrera y que, por el contrario, tolere que necesariamente una reforma sustantiva generará que se astillen, cuando no que exploten, equilibrios no sanos que se habían cristalizado en nuestros claustros y que han favorecido una situación de la enseñanza jurídica crítica en nuestro país.

Bibliografía

Anders Ericsson, K. (2013) *Training history, deliberate practice and elite sports performance: an analysis in response to Tucker and Collins review – what makes champions?*. British Journal of Sports Medicine. <https://bjsm.bmj.com/content/47/9/533>

Bobbio, Norberto, (1965) *El problema del positivismo jurídico*, México, Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires.

Böhmer, Martín, (1999), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*. Gedisa Barcelona.

Böhmer, Martín (2012) *Ensayo sobre la necesidad de consistencia pedagógica en el derecho argentino* en Revista Pensar en Derecho. UBA. Buenos Aires, páginas 11-21. Disponible en bit.ly/2ElvUDW

Böhmer, Martín y Otero, Juan Manuel (2013). *Igualadores Retóricos: Las profesiones del Derecho y la Reforma de la Justicia en la Argentina* Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/pdf/Bibliografia-clinicasjuridicas/igualadores_retoricos_las_profesiones_del_derecho_y_la_reforma_de_la_justicia_en_la_argentina.pdf

Bullard, Alfredo (2008). *La Enseñanza del Derecho y las competencias ¿cofradía o archicofradía?* en Revista Unimar. Perú.

De Vincenzi, Ariana (2009) *Concepciones de enseñanza y su relación con las prácticas docentes: un estudio con profesores universitarios*. Revista Pedagogía Universitaria. ISSN 0123-1294. agosto 2009, volumen 12, número 2, pp. 87-101

De Vincenzi, Ariana (2012) *La formación Pedagógica del profesor universitario. Un desafío para la reflexión y revisión de la práctica docente en el nivel superior*. Ediciones Universidad de Salamanca. II época N°8 111-122

- Epstein, David. Range (2019): Why Generalists Triumph in a Specialized World. Riverhead Books. Mamillan. Londres.
- Faría, José Eduardo (2009). El poder judicial frente a los conflictos colectivos, en Desde Otra Mirada. Cristian Courtis Comp. Ed. Eudeba. 2da edición.
- Fucito, Felipe (2010). La Crisis Del Derecho En La Argentina Y Sus Antecedentes Literarios. Buenos Aires. Ed. Eudeba.
- Fucito, Felipe (2001). Podrá Cambiar La Justicia En La Argentina?. Buenos Aires. Ed. Fondo de Cultura Económica.
- González Mantilla, Gorki (2011). Enseñanza del derecho y cultura legal en tiempos de globalización. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gladwell, Malcolm (2009). *Outliers: The Story of Success*. Little, Brown & Company. EE.UU.
- Gordon, Robert W.(2002), *Distintos Modelos de Educación Jurídica y las Condiciones Sociales en las que se apoyan* en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers. Paper 6. Universidad de Buenos Aires.
- Gozaíni, Osvaldo A. (2001), *La Enseñanza del Derecho en Argentina*, Editorial Ediar, Buenos Aires.
- Keneddy, Duncan (2012), La enseñanza del derecho, la importancia de politizar el aula, Siglo XXI. Buenos Aires.
- Kennedy, Duncan (1992), *Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos*, en Doxa, nro. 11, Universidad de Alicante. España. pp. 283-293
- Kennedy, Duncan (2009). La educación legal como preparación para la jerarquía, en Desde Otra Mirada. Cristian Courtis Comp. Ed. Eudeba. 2da edición. 2009. Buenos Aires.
- Nissen, Ricardo (2015). Curso de Derecho Societario. Hamurabi. Buenos Aires.
- Pérez Lledó, Juan A. (1996), *Teorías críticas del Derecho*, en El Derecho y la Justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta. P. 87 – 102.
- Pérez Perdomo, Rogelio (2006), La formación jurídica en América Latina, tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Puebla Fortunato, Cristian (2017). *Aprender Abogacía. Reflexiones sobre ofertas y reformas en los planes de estudio de Universidades Públicas argentinas. (Trabajo final de grado)* Abogacía

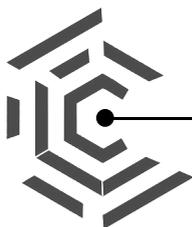
en Repositorio digital de la UNRN. Disponible en: <https://rid.unrn.edu.ar/jspui/handle/20.500.12049/1250>

Sozzo, Gonzalo (2016). Hacer Derecho: reconstrucciones acerca de la relación derecho/ciencias sociales en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Ediciones UNL. Santa Fe.



derecho privado

¿Qué es y cómo opera la constitucionalización del Derecho Privado en Argentina? Aportes conceptuales para la discusión



Ezequiel Valicenti

(UNICEN)

Resumen:

El trabajo aborda el concepto de constitucionalización del Derecho Privado, con el objetivo de percibir los matices en torno a su concepto y a los efectos que provoca. Para ello, en la primera parte, se analiza la evolución que ha sufrido el concepto, repasando las definiciones dadas en la doctrina comparada y las transformaciones producidas en el ámbito nacional entre la reforma constitucional de 1994 y la sanción del Código Civil y Comercial en 2014. En este recorrido se advierten dos tipos diferenciados del fenómeno: la constitucionalización en sentido formal –o ascendente: del Código hacia la Constitución– y la constitucionalización en sentido material –o descendente: de la Constitución hacia el Código–. Posteriormente, y a los efectos de conocer las consecuencias del proceso de constitucionalización del Derecho Privado sobre un ordenamiento jurídico, se proponen dos categorías analíticas que describen dos modos diferentes de constitucionalización: la “constitucionalización no problemática” y la “constitucionalización problemática”. En cada caso los efectos se dan de una forma diversa (e inclusive opuesta). Por último, en base a las categorías construidas, se analiza la situación del Derecho argentino y se concluye que el mismo se encuentra en tránsito desde una constitucionalización no problemática hacia una constitucionalización problemática.

1.- Propósitos.

Nos proponemos indagar el concepto de constitucionalización del Derecho Privado (en adelante, CDP). Entre nosotros, el fenómeno ha cobrado actualidad a partir de la sanción del Código Civil y Comercial (en adelante, CCC), el que -de acuerdo a lo que se expone en los Fundamentos de la Comisión redactora- recepta la CDP al establecer “*una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (...) decisión [que] se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos*”, a consecuencia de lo cual existiría “*una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*”.

A nuestro modo de ver, el concepto de la CDP y las consecuencias derivadas de este fenómeno no se encuentran libre de discusiones e imprecisiones. Expuesto en síntesis, advertimos que la noción de CDP presenta cierta mutación histórica: mientras en los albores de los 90 el concepto aludía a la incorporación de materias civiles y comerciales a los textos constitucionales y convencionales, ahora alude a la interpenetración de los derechos humanos en la legislación civil y comercial (y especialmente, en el Código Civil y Comercial). En el marco de esta mutación, se asocian a la CDP diversas consecuencias, no siempre novedosas, como la eficacia directa de las normas constitucionales y convencionales; subordinación normativa de las leyes civiles a la Constitución y los Tratados con jerarquía constitucional; obligatoriedad interpretativa en las decisiones judiciales; entre otras. Parece importante entonces lograr una precisión conceptual del fenómeno y determinar cuáles son, en definitiva, los efectos reales que de él se desprenden. Sobre estos aspectos pretendemos realizar nuestros aportes.

En la primera parte, profundizaremos en el aspecto conceptual a efectos de acercarnos a una respuesta sobre lo *qué es* la constitucionalización del Derecho Privado. En la segunda, intentaremos descubrir los efectos concretos de este fenómeno, para lo cual nos valemos de la construcción de dos modelos posibles de constitucionalización. Por último, efectuaremos algunas consideraciones sobre el estado actual de la CDP en el Derecho argentino.

2.- Transformación del concepto. Constitucionalización en sentido formal y en sentido material.

En un primer acercamiento al concepto de constitucionalización del Derecho Privado, podemos decir que con esta denominación se alude a la vinculación entre la Constitución y el o los Códigos de Derecho Privado. La expresión comenzó a ser usada por la doctrina argentina poco antes de la reforma de la Constitución Nacional en 1994. Sin embargo, desde entonces, su significado ha sufrido mutacio-

nes. Un repaso histórico de la expresión nos permitirá advertir esas transformaciones. Anticipando la conclusión, podemos afirmar que en un principio la constitucionalización se expresaba mayormente en sentido formal, y que hoy el fenómeno hace referencia a un sentido material de CDP.

2.1.- Constitucionalización en sentido formal.

Los primeros autores nacionales que abordaron la cuestión aludían a la constitucionalización del Derecho Privado como el proceso de incorporación a la Constitución de reglas que trataban materias propias del Derecho Privado (Rivera, 1994). Así, el Derecho Civil lograba dar carácter fundamental a muchas de sus reglas (Lorenzetti, 1995:202)²⁸. En nuestro caso, la reforma constitucional de 1994 habría implicado que el texto constitucional dejara de ser fuente exclusiva de normas de Derecho Público, y pasara a incorporar reglas reguladoras de relaciones entre particulares (Mosset Iturraspe, 1994:87). En el mismo sentido, Nicolau sostenía que “*la consagración de los principios generales del derecho privado en normas superiores constitucionales, da un mayor despliegue a los derechos subjetivos que de ellos emanan*” (1995:35).

En esta literatura inicial, el proceso de constitucionalización era pensado un sentido más bien *formal*. Las reglas de jerarquía inferior eran formalizadas en textos constitucionales (y convencionales). Es decir, se aludía a una relación *ascendente*, que se verificaba *desde el Derecho Privado hacia la Constitución*.

En Europa, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho en general –incluido el Derecho Civil– se produjo en un sentido formal a partir de ciertas reformas producidas en las Constituciones nacionales, las que hasta ese momento contenían casi exclusivamente reglas destinadas a la organización política del Estado (Favoreu, 2001)²⁹. Allí, la incorporación de típicos derechos subjetivos civiles, implicó una formalización normativa diferente a la que ya existía en la legislación infraconstitucional, principalmente en los Códigos. Por ello, comenzó a hablarse del surgimiento de un Derecho Civil Constitucional (Arce y Florez-Valdés, 1986), expresión que recoge con mayor exactitud el ascenso constitucional de materias que tradicionalmente eran exclusivas del Derecho Civil, principalmente aquellos temas que hacen a la protección de la persona. En otras palabras, se incorporaron normas constitucionales con contenido civil o comercial.

Ahora bien, aun cuando en el contexto europeo este fenómeno pudo implicar una verdadera novedad, en nuestro medio no puede decirse que lo fue –o

²⁸ Para una enumeración de las reglas de Derecho Civil incorporadas a la Constitución en la reforma de 1994, ver Rivera, 1994. Una identificación de los principios generales constitucionalizados puede verse en Lorenzetti, 1993.

²⁹ España sancionó un nuevo texto constitucional en 1978, lo que motivó numerosos estudios en la doctrina de ese país.

al menos, que lo fue en este “sentido formal” de constitucionalización—. Ello así puesto que la Constitución argentina originaria, de sabida inspiración norteamericana, no regula exclusivamente la organización política y jurídica del Estado, sino que contiene una primera parte destinada a consagrar ciertos derechos subjetivos típicos del Derecho Privado —fundamentalmente, en los arts. 14, 17, 19 y 20—. La reforma de 1957 ratificó esta arquitectura al incorporar el art. 14 bis sobre ciertos derechos sociales. Y, a la postre, la reforma de 1994 selló la tendencia al introducir una gran cantidad de derechos individuales y colectivos, no tanto en el texto de la Constitución, sino por la anexión de Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Pero de modo alguno es una novedad entre nosotros este fenómeno que aquí llamamos “constitucionalización en sentido formal”. Baste recordar en este sentido que, desde sus orígenes, la doctrina civilista nacional ha considerado a la Constitución como una de las fuentes del Derecho Civil (Rivarola, 1901:7).

En definitiva, la conocida expresión según la cual el Código Civil es la constitución real de un Estado³⁰ —respecto a lo que la CDP constituiría una superación—, no puede tenerse por cumplida en estas latitudes. A diferencia de los avatares vividos en el viejo continente, en nuestro medio la Constitución gozó de estabilidad, por lo que fue innecesario recurrir a la legislación codificada para encontrar allí los cimientos jurídicos que la Constitución no proveía. Por ello, “*en nuestra dogmática, el núcleo normativo constituyente del Estado, se encuentra redactado en la propia Constitución Nacional y no en el Código Civil el cual acompañó el proceso de consolidación de la identidad nacional*” (Alferillo, 2013:8). No obstante, debe reconocerse que la reforma de 1994 a nuestra Constitución implicó una profundización del fenómeno, y —como veremos en la segunda parte— la incorporación de un vasto catálogo de derechos humanos produjo un cambio de concepción sobre el Estado de Derecho proyectado por las normas superiores.

2.2.- Constitucionalización en sentido material

El concepto de CDP ha sufrido mutaciones entre aquellos primeros trabajos nacionales y los más recientes. En efecto, actualmente el concepto utilizado por la doctrina se acerca más a una forma de constitucionalización “en sentido *material*”, es decir, vinculada al contenido y a la extensión de los derechos. Los autores refieren ahora a la constitucionalización como un fenómeno que va *desde la Constitución hacia el Derecho Privado*, y por el cual los principios de la Carta Magna —y de los Tratados de Derechos Humanos con máxima jerarquía— irradian e interpelan a los principios, las reglas y los conceptos del Derecho Privado. El ordenamiento jurídico así constitucionalizado se caracteriza por lo que se ha denominado una “Constitución invasiva”, a partir de la cual se encuentran condicionados no sólo las legislaciones

³⁰ Se atribuye a Jean Carbonnier haber afirmado que el Código Civil era la verdadera constitución de Francia (Cabrillac, 2013:294).

sino también la jurisprudencia, la doctrina y los actos políticos (Guastini, 2001; Comanducci, 2005).

Se sostiene que la CDP es la “*tendencia a extender el marco de aplicación de los principios constitucionales, rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho*” (Alegre, 2015:57), lo que implica “*incluir en los Códigos de fondo los derechos fundamentales consagrados en la Constitución*” (Vivas, 2018:1). De este modo, la constitucionalización envuelve una ampliación de los horizontes del Derecho Privado y obliga al operador jurídico a preguntarse si la legislación inferior respeta la reglas, principios y valores de Derechos Humanos (Herrera y Picasso, 2015:11). Desde esta perspectiva, la constitucionalización *desde la Constitución hacia el Derecho Privado* se produce en dos dimensiones, una normativa y otra axiológica (Rivera, 2012:4). Desde una perspectiva normativa, se reconoce definitivamente fuerza normativa al texto constitucional (García de Entrerría, 1979; Bidart Campos, 1995; Favoreu, 2001:34; Guastini, 2001:157; entre muchos otros), particularmente a las normas que pueden ser calificadas de Derecho Privado, lo que implica la *eficacia directa* de las disposiciones y, adicionalmente, las eficacias derogatoria, invalidatoria e interpretativa (Rivera, 2012:5). La perspectiva axiológica pone de manifiesto que los valores y las exigencias de la Constitución deben permear la regulación del Derecho Privado, alcanzando inclusive los conceptos que parecen más ahistóricos de esta rama, por lo cual toda solución sectorial debería encontrar su fundamento constitucional (Perlingieri, 1983). Es decir, la influencia de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos se produce sobre la extensión y los límites de los derechos subjetivos civiles, los que quedan moldeados según el programa jurídico y político previsto en las normas cúspides del ordenamiento jurídico.

En nuestro derecho nacional, los arts. 1 y 2 del CCC reflejan este tipo de constitucionalización material, la que se produciría principalmente en un sentido interpretativo y valorativo. Así lo expresan, como hemos visto, los Fundamentos de la Comisión de Reformas.

2.3.- Síntesis: la constitucionalización como fenómeno jurídico formal y material.

La distinción conceptual que efectuamos no resulta necesariamente excluyente. Por el contrato, los procesos de constitucionalización nacionales presentan una complejidad tal es posible caracterizarlos como formales y materiales a la vez.

En el caso argentino, la peculiar tradición constitucional ha implicado la constitucionalización formal de varios derechos civiles y comerciales –aun cuando, a la época de la adopción de la Constitución, no se utilizara esta expresión–. Pero además, y aún antes de la última reforma constitucional y de la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial, es evidente que las reglas constitucionales han tenido

fuerza normativa, tanto en el plano interpretativo como en el terreno de la eficacia directa. Lo verdaderamente novedoso es que la función que tradicionalmente cumplieron las normas constitucionales, fueron reconocidas más recientemente a los Tratados internacionales de Derechos Humanos, al menos desde el caso “Eckmedjian c. Sofovich” de 1992³¹. Por ello, en la actualidad el proceso de constitucionalización es más bien un proceso de *convencionalización* del Derecho –y del Derecho Privado, en particular–, tanto en el sentido formal como material. Así lo expresan, ahora de manera uniforme, la Constitución Nacional (arts. 31 y 75 inc. 22) y el Código Civil y Comercial (arts. 1 y 2).

3.- Dos modelos de la relación Constitución-Código. Constitucionalización no problemática y constitucionalización problemática.

Pretendemos ahora estudiar los efectos concretos de la constitucionalización. Puede decirse que en el terreno de los efectos, los procesos de constitucionalización implican un tipo de relación entre la Constitución –en sentido general, y comprensiva de los instrumentos internacionales integrantes del “bloque de constitucionalidad”– y el Código Civil y Comercial –también en sentido general, y comprensivo del resto de la legislación de Derecho Privado contenida en leyes especiales–.

Las consecuencias de la constitucionalización sobre la relación Constitución-Código pueden reconstruirse en dos modelos explicativos. Los expondremos a continuación aclarando que se trata de una construcción a los efectos analíticos. Será infructuoso intentar encontrar en la realidad una expresión pura de alguno de ellos. Por el contrario, la arquitectura particular de cada ordenamiento jurídico permitirá determinar qué elementos de uno u otro se presenta, generando una mixtura que le otorgará singularidad a cada uno.

3.1.- Constitucionalización no-problemática.

Un modelo posible de constitucionalización es el que, a falta de mejor denominación, llamaremos no-problemática. Ello así pues, existe una identidad ideológica entre el programa filosófico, político y económico escenificado en los textos constitucionales y los expresados en el Código. Constitución y Código conviven sin problemas pues uno y otro expresan la misma concepción filosófica e ideológica. Esta es la relación propia de la modernidad y de la llamada “edad de la Codificación”, cuyo desarrollo se produjo en Siglo XIX, momento en que tanto el Código como la Constitución eran expresiones del liberalismo político y económico. En nuestro caso, la Constitución de 1853-60, el Código Civil de 1871 y el Código de

³¹ CSJN, “Eckmedjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, del 07/07/1992, en *Fallos* 315:1492.

Comercio reformado en 1889, reflejan los mismo postulados fundantes, que en materia patrimonial, se expresan en el respeto a la propiedad privada y a la autonomía privada (Nicolau, 2016:37).

De esta imbricación filosófica, se desprenden una serie de consecuencias que caracterizan al modelo:

- a) La eficacia de las normas constitucionales que contienen reglas o principios de Derecho Privado, si bien es reconocida, genera únicamente obligaciones de no hacer (deberes de abstención). Las normas constitucionales pueden invocarse frente a interferencias provenientes del Estado y de particulares. Los derechos subjetivos constitucionales cumplen una función defensiva, operan ante vulneraciones, pero no habilitan a demandar prestaciones concretas ni del Estado ni de los particulares.
- b) La noción de orden público cumple funciones delimitadoras de los derechos subjetivos, principalmente los de naturaleza patrimonial, imponiendo al titular deberes de abstención.
- c) El peso argumental de las normas constitucionales es complementario de la fuerza argumental que surge de las normas civiles y comerciales. Esto implica que no basta con invocar los textos constitucionales para resolver un caso. Sólo cumplen una función de complementariedad y fortalecimiento de los principios y las reglas propias del Derecho Privado.
- d) La decisión judicial se construye a partir de reglas específicas que, mediante subsunción del supuesto de hecho, arrojan la solución específica del caso. El juez cumple la función de aplicar la ley.
- e) La regulación del Derecho Privado es percibida como apolítica, de lo que se deriva una estricta separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

El desarrollo de cada una de las características demandaría una extensión que superaría los límites aquí impuestos. Dado que nuestra intención es trazar líneas que permitan ordenar el estudio profundizado del fenómeno, nos concentraremos en los puntos principales de cada uno.

3.1.1.- La eficacia vinculante de la Constitución

En un modelo no-problemático de constitucionalización la Constitución es reconocida como norma jurídica –pues de otro modo, no existiría tal proceso de

constitucionalización (Guastini, 2001:157)—, y no como una mera declaración de un programa jurídico y político de Estado. Sin embargo, el alcance de la eficacia se circunscribe a la mera abstención. Es decir, la Constitución consagra reglas y principios que conceden al titular el derecho a exigir que, tanto el Estado y como los particulares, se abstengan de interferir en su disfrute —siempre que ese disfrute se produzca en el límite fijado por la propia Constitución y por la legislación inferior—. Por lo tanto, los derechos formalmente constitucionalizados tienen una función defensiva frente a las agresiones de terceros, principalmente del Estado (Sozzo, 2007:349). La función defensiva se cumple no sólo frente a privaciones materiales, sino también frente a atentados provocados por la sanción de leyes especiales³².

En cambio, la fuerza vinculante de la Constitución no habilita a demandar una prestación concreta de parte del Estado y, mucho menos, de otros particulares. Las normas constitucionales son un catálogo de inmunidades frente al Estado y los particulares y, a la vez, el principal dispositivo legitimante de los derechos individuales liberales.

La consitucionalización no problemática no desconce que la fuerza normativa de la Constitución se proyecta también sobre las relaciones *entre particulares*, siempre que ella se refiera a la obligación de los particulares de respetar, con deberes de no interferencia, los derechos constitucionales ajenos. Por caso, en el ámbito nacional, en 1958, en la sentencia “Kot” la Corte Suprema había indicado que “*nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad*”³³. Es decir, se anticipaba ya la hoy denominada “eficacia horizontal” de los derechos humanos. No obstante, la doctrina de ese precedente es en realidad un refuerzo del paradigma: recordemos que la acción de amparo se utilizó en el caso para proteger derechos individuales —frente a derechos colectivos ejercidos por trabajadores en huelga—.

3.1.2.- Orden público delimitador

De modo coherente con la eficacia vinculante descripta, se gesta la noción de “orden público”, el que tiene una función limitadora de la autonomía privada. Opera como un límite infranqueable respecto al cual la autonomía no puede

³² En nuestra Corte Suprema, el esplendor de esta postura se produjo a comienzos del Siglo XX en la llamada “Corte Bermejo”. Si bien en esa época se dictó la sentencia del caso “Ercolano” (CSJN, “Ercolano, Agustín c. Lanteri Renshaw, Julieta”, en *Fallos* 136:161), se ha aclarado que el mismo constituyó una verdadera excepción, ya que en la gran mayoría de los precedentes la Corte hizo una defensa de la propiedad privada frente a interferencias generadas por el Estado de modo directo o mediante la sanción de leyes (Tanzi, 2014:279).

³³ Voto de la mayoría integrada por Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela. CSJN, “Kot, Samuel SRL”, en *Fallos* 241:291.

avanzar. Al limitar la autonomía, mediante el orden público se configura además la extensión del derecho subjetivo. Es decir, la técnica negativa implica que *todo es permitido* salvo que se afecte el orden público. La noción funciona como un dispositivo legitimador de la autonomía de la voluntad, antes que como un instituto verdaderamente garante de ciertos valores colectivos superiores. En otras palabras, “*el principio del orden público no presenta conexiones con ninguna idea solidarista o altruista; por el contrario, refuerza y complementa el modelo individualizador de la modernidad que el Derecho recibe en el campo del Derecho Privado*” (Sozzo, 2007:354).

Vale destacar que esta noción de orden público no se ve conmovida a pesar de ciertas transformaciones suscitadas en torno al ejercicio de los derechos. Primeramente, mediante la idea de un *orden público de coordinación*, se pretendió que la autonomía privada se desarrolle en coordinación con ciertos intereses colectivos (Lorenzetti, 1995:476). Sin embargo, recién con la llamada *función social de la propiedad* se consolidó la idea de que el ejercicio de los derechos individuales de propiedad debe constituirse en base a un *ejercicio regular*. Con todo, esto no supondría más que una variación intra-paradigmática, pues sólo habría implicado la fijación de una frontera interna: lo público continúa cumpliendo un rol delimitador. Así vista, la función social de la propiedad a la vez que la limita, también es un elemento que la legitima (López y López, 2016:86).

3.1.3.- Subsidiariedad argumental de la Constitución

Otra consecuencia derivada del modo en que se produce la eficacia vinculante de la Constitución es el valor argumental que poseen las normas constitucionales. En la práctica, la invocación de textos constitucionales funciona como coadyuvante de los argumentos normativos derivados del Código o de las leyes especiales. Esto significa que, en la resolución del caso, el texto constitucional carece de valor suficiente para abastecer la carga de argumentar. El verdadero éxito o fracaso de una pretensión se encuentra en las normas infraconstitucionales. En todo caso, invocar la Constitución permite reforzar la argumentación, pero únicamente de modo complementario y coadyuvante al Código.

3.1.4.- La decisión judicial centrada en la subsunción

Dado el papel preponderante del Código, los casos se resuelven principalmente mediante reglas, que describen el supuesto de hecho y prescriben la solución del caso. En consecuencia, la función del juez es mayormente la de subsumir los casos en las reglas. Sin embargo, dada la fuerza normativa de la Constitución, se producen dos vicisitudes particulares. Por un lado, el juez debe controlar la constitucionalidad de la regla –mediante el control de constitucionalidad y convencionali-

dad, que puede operar incluso de oficio— (Gil Domínguez, 2015:22). Por otro lado, ante la presencia de casos no contemplados en las reglas (lagunas), el juez puede recurrir a los principios constitucionales y convencionales para construir la decisión del caso. Sin embargo, dado que el Código tiene pretensión de completitud y universalidad, el recurso directo a la Constitución es una *rara avis* y *ultima ratio*³⁴.

3.1.5.- El Derecho Privado como dispositivo apolítico. La separación estricta del Derecho Público y el Derecho Privado.

En la constitucionalización no-problemática que expresa la modernidad jurídica subyace un tipo particular de sujeto de derecho. Se ha dicho que la Codificación produce un proceso abstracción del individuo: el Código tiene como sujetos a seres abstractos, vinculados entre sí en relaciones igualmente abstractas (Grossi, 2003:81). El “soporte” de esa individualidad se encuentra en la propiedad (Castel y Haroche, 2003:21). Individuo es quien es propietario, y ello aparece evidenciado tanto en los textos constitucionales como en los legislativos. La libertad y la igualdad son aseguradas en idénticos términos abstractos (meramente formales). Entonces, en *potencia*, cualquiera puede llegar a ser propietario y por lo tanto, sujeto titular de derechos. Pero los no-propietarios, no son considerados en el Código (y tampoco por la Constitución), el que centra su regulación únicamente en quienes ya son propietarios.

De lo expuesto se deriva una consecuencia necesaria: las relaciones reguladas por el Derecho Privado son presentadas como ajenas a las esferas políticas (Sozzo, 2007:350). Es decir, las relaciones de poder son únicamente percibidas en la relación ciudadano-Estado, pero no en la relación entre particulares. Luego, el surgimiento de la dogmática jurídica —especialmente en el Derecho Civil—, bajo el estatuto epistemológico de la cientificidad, reforzó el carácter no político de las reglas de Derecho Privado (López y López, 2016:49).

Se produce así una división de tareas que es constitutiva de la modernidad y de la constitucionalización no-problemática: la separación entre la esfera pública (en la que interviene el ciudadano) y la esfera privada (en la que interviene el propietario). Mientras en la esfera pública se da una relación vertical, entre el Estado y el ciudadano; en la esfera privada, la relación horizontal vincula a dos propietarios que —en ejercicio de la autonomía de la voluntad— disponen de sus derechos subjetivos. Para las relaciones con el Estado se desarrolla el Derecho Público; para las relaciones entre particulares, el Derecho Privado. Ambos conviven como compartimentos separados, con funciones y objetivos diferenciados.

³⁴ La mejor fórmula del papel subsidiario de los principios generales —incluidos los principios constitucionales—, se expresa en el art. 16 del Código Civil de 1869: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”.

3.2.- Constitucionalización problemática.

En extremo opuesto, puede pensarse en un modelo de constitucionalización problemática. La relación Constitución-Código es problemática cuándo existe una tensión filosófica e ideológica entre ambos: la Constitución expresa una filosofía política y económica diferente a la del Código. En términos históricos, este desacople se produjo en el transcurso del Siglo XX. En nuestro caso, podemos decir que la relación armónica entre la Constitución y la legislación civil se resquebrajó con la reforma de 1994. La Constitución convencionalizada, si bien no modificó las normas que expresaban el liberalismo decimonónico, incorporó una gran cantidad de disposiciones de tratados de Derechos Humanos que expresan un modelo diferente de Estado, más cercano al llamado “Estado social de Derecho”, el que, si bien no abandona el liberalismo político, lo atempera en términos económicos. En cambio, los Códigos continúan expresando una versión más liberal de la propiedad privada y de la autonomía privada. Aún cuando vivieron la “edad de la descodificación” y luego la de la “recodificación”, se trata de cambios casi exclusivamente metodológicos que no alcanzaron a conmovir la cosmovisión política que, sobre todo en términos patrimoniales³⁵.

De esta relación problemática se desprenden las siguientes consecuencias que forman el modelo:

- a) Eficacia directa de las disposiciones de la Constitución y de los tratados que consagran reglas y principios con impacto sobre aspectos civiles o comerciales. La eficacia no es sólo a los efectos de defender los derechos individuales -esto es, mediante la imposición de deberes de abstención al Estado y a los particulares-, sino también para demandar el cumplimiento positivo de los beneficios acordados por las normas superiores. Surge así el problema de la eficacia directa de los derechos prestacionales ante el Estado y, más álgidamente, frente a particulares.
- b) El orden público no es sólo delimitador de los derechos subjetivos, sino que

³⁵ Lo expresado no implica desconocer cierto proceso de “humanización” del Derecho Privado (Sozzo, 2019:143), lo que se proyecta principalmente en materia extrapatrimonial. Es cierto que el CCC mantiene ciertos institutos ya vigentes que procuran proteger a la persona en el marco de las relaciones patrimoniales (principio de buena fe, abuso del derecho, etc.), y que incorpora otros con la misma finalidad (como la dignidad como límite al objeto del acto jurídico patrimonial, o la prohibición de discriminación en las relaciones de consumo), además de resistematizar el Derecho del consumidor. Sin embargo, a nuestro entender, constituyen avances que se producen dentro de la misma filosofía liberal que inspiró los Códigos Civiles occidentales. Baste mencionar, por ejemplo, que no se incorporan soluciones destinadas a tutelar el “acceso” al contrato -y mediante él, a ciertos bienes fundamentales- (problema ya advertido por Lorenzetti, 1995). Tampoco se fijan pautas para resolver la competencia entre los derechos individuales de propiedad y otros derechos reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos (Rosenkrantz, 2015).

asume una actitud de promoción, y guía el desarrollo de ciertos derechos individuales, fundamentalmente los referidos al acceso a bienes mínimos considerados imprescindibles.

- c) El valor argumental de las normas constitucionales y convencionales es completo y autosuficiente. El fundamento de una pretensión o una decisión judicial se abastece con la sola invocación de los textos constitucionales, aun cuando no existan normas expresas en las leyes civiles.
- d) La decisión judicial se construye no sólo con reglas sino también con principios -que no contienen una solución determinada-. El juez debe *construir* la solución del caso. Para ello debe edificar una fundamentación que luzca razonable, la que comunmente se basa en principios (y en reglas, si las hubiera).
- e) Se asume el carácter político de la regulación de Derecho Privado y, paralelamente, se disuelven las diferencias con el Derecho Público.

3.2.1.- La eficacia normativa de la Constitución y los derechos prestacionales.

En la constitucionalización problemática, la fuerza normativa de la Constitución tiene mayor intensidad respecto al tipo de prestaciones exigibles tanto al Estado como a los particulares. El sujeto titular de un derecho reconocido con jerarquía constitucional (en la propia Constitución o en un tratado internacional), puede demar su *cumplimiento* y no sólo su *respeto*. Es decir, los sujetos pasivos no sólo deben adoptar deberes de abstención para no interferir en el desarrollo sino que, en el marco de ciertas relaciones jurídicas previamente constituidas, pueden estar obligados a desarrollar deberes prestacionales.

Con relación al Estado como sujeto pasivo, en épocas recientes se ha advertido el desvanecimiento de las diferencias entre las normas programativas y las normas operativas, así como entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Con todo ello, se ha desarrollado la “justiciabilidad de los derechos sociales” (Abramovich y Courtis, 2014).

Mucho más problemática –y por tanto embrionaria– es la exigencia de deberes prestacionales en el marco de las relaciones privadas. Sin embargo, la doctrina de la vigencia horizontal de los derechos constitucionales no es novedosa. El antecedente histórico más remoto se encontraría en la elaboración alemana de la “Dritt-wirkung” (Alfaro Aguila Real, 1993). En puridad, la discusión no se si los derechos constitucionales rigen en las relaciones entre particulares -sobre lo que existe cierto consenso- sino de qué forma y en qué grado lo hacen (Alexy, 2007:510). Por ello se

identifican dos versiones de la doctrina: la que postula la incorporación directa de las normas constitucionales a las relaciones entre particulares (*Drittwirkung directa*); y la que, por el contrario, sostiene que la proyección horizontal de los derechos constitucionales requiere una mediación, en primer lugar, del legislador -que debe recoger el mandato constitucional y dictar normas de Derecho privado que reglamenten los efectos concretos de la eficacia- y, subsidiariamente, del juez -que debe, en el caso concreto, construir la solución del caso considerando el derecho constitucional invocado- (*Drittwirkung indirecta*). En el contexto europeo en el que se han profundizado estos desarrollos, goza de mayor seguimiento por los tribunales y la doctrina la versión *indirecta* de la eficacia horizontal (Venegas Grau, 2004).

En la constitucionalización problemática, la vigencia de los derechos constitucionales (derechos humanos o derechos fundamentales) en las relaciones entre particulares expresa la tensión entre el programa liberal -expresado en los Códigos de Derecho Privado- y el nuevo programa social recogido en las Constituciones reformadas mediante la introducción de tratados de derechos humanos. La vigencia horizontal no resulta tan sencilla pues trasciende los deberes de mera abstención y respeto. En este panorama de difícil resolución pueden distinguirse:

- a) *Obligaciones de no hacer*: el sujeto particular debe respetar las libertades y derechos constitucionales. Las obligaciones de no hacer que pueden consistir en:
 - i. *deberes generales de no interferencia*: las personas privadas son un sujeto pasivo universal frente al ejercicio lícito de libertades constitucionales (libertad de expresión, de comercio, de industria, etc.). Cualquier afectación habilita al sujeto titular del derecho a demandar el cese de la restricción -recordemos nuevamente aquí el caso “Kot” de 1958- y la reparación de los daños provocados. El problema es mayormente de coordinación de derechos.
 - ii. *deberes de abstención en el marco de relaciones particulares específicas*: el sujeto pasivo se encuentra individualizado por ser parte de una relación jurídica determinada con el titular del derecho humano (contrato, matrimonio, relaciones familiares, etc.). Los deberes de abstención implican una restricción a la autonomía privada (por ej., en el marco de un contrato de consumo debe respetarse el derecho de igualdad, y por lo tanto se limita la libertad de elección del contratante cuando esta constituye un acto de discriminación³⁶).

³⁶ Desarrollamos la cuestión previamente en Valicenti, 2017.

- b) *Obligaciones de hacer*: las obligaciones de hacer basadas en derechos humanos requieren que los sujetos se encuentren en el marco de una relación jurídica constituida previamente. Es decir, en principio, no podría invocarse un derecho humano para dar nacimiento a una relación de derecho privado (causa fuente)³⁷. No obstante, es reconocida la importancia de asegurar el *acceso* a los bienes fundamentales mínimos, lo que, en el marco de las relaciones privadas, implica asegurar el *acceso al contrato*.

En el contexto de una relación jurídica constituida pueden surgir obligaciones de hacer basadas en derecho constitucionales. Normalmente estas limitaciones han sido previamente definidas en la legislación civil, por lo que la tensión paradigmática ha sido resuelta *ex ante* por el legislador. Aquí también, en general, se encuentra principalmente comprometida la autonomía privada aunque no se requieren sacrificios patrimoniales para cumplir con el deber. Son ejemplos comunes de estas obligaciones de hacer, el deber de celebrar contratos de locación de vivienda con destino habitacional por plazos mínimos, el deber de garantizar la indemnidad física del contratante (especialmente en las relaciones de consumo), entre otros.

- c) *Obligaciones de dar*: la cuestión es dudosa pues implica mucho más que una restricción a la autonomía privada y exige un sacrificio patrimonial de parte del sujeto pasivo. ¿Es posible que una persona se encuentre obligada a otorgar un bien sin que exista un sinalagma patrimonial basado en una relación jurídica? La imposición de estos deberes requeriría de un desarrollo institucional específico que compense de algún modo al sujeto obligado, so pena de afectar sus propios derechos constitucionales, principalmente, el de propiedad.

3.1.2.- Orden público de promoción

Dado que en la constitucionalización problemática los efectos se con más intensidad en las relaciones de derecho privado, el orden público muta su finalidad. Deja de ser un orden público garante de situaciones adquiridas, y se convierte en un promotor de la justicia social (Perlingieri, 1983). El orden público conadyuva al

³⁷ Por ejemplo, el derecho al acceso a la vivienda no habilita a exigir a quien tiene una vivienda adicional a que esta le sea entregada forzosamente bajo un contrato de compraventa, una locación o, mucho menos, una donación.

desarrollo de los fines previstos en el ordenamiento jurídico constitucional, no sólo en materia de derechos civiles sino también en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Respecto a derechos civiles, se reconfigura el orden público de familia (y de la persona), de un modo tal que promueve un mayor desarrollo de la autonomía privada, en un marco de igualdad y no discriminación y de tutela especial de los sujetos vulnerables. Con relación a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se promueve una nueva teoría de los bienes (Sozzo, 2019).

3.1.3.- Autosuficiencia argumental de la Constitución

Bajo este modelo de constitucionalización, la invocación de normas constitucionales o convencionales basta para fundar la pretensión. Esta suficiencia resulta importante cuando, en el caso concreto, las normas constitucionales conceden un derecho que el Código no reconce o lo hace con una extensión diferente. Quien invoca una norma de derecho fundamental (o constitucional) debe desarrollar una fundamentación “iusfundamentalmente correcta” (Alexy, 2007:53). Es decir, debe aportar las razones por las cuales considera que la norma se encuentra directa o indirectamente “asdcipta” a los enunciados normativos contenidos en la Constitución o en los Tratados.

3.1.4.- Decisión judicial basada en la ponderación y la razonabilidad

Bajo la constitucionalización problemática el juez ya no puede resolver el caso recurriendo únicamente al silogismo y a la interpretación de las normas contenidas en los Códigos. No puede hacerlo porque el Código ya no expresa la posición filosófica de la Constitución. Por lo tanto, debe abandonar los métodos interpretativos y preocuparse por los argumentos justificatorios de su decisión (Vigo, 2015:225).

El deber ser normativo no se encuentra en el Código, sino que refracta desde la regla de reconocimiento constitucional y convencional (Gil Domínguez, 2015:75). El colapso de las soluciones *ex ante* y autosuficientes del Código, hace que el juez, a menudo, deba abandonar el nivel de las reglas y elevarse al de los principios. Los casos no se resuelven entonces por subsunción de reglas a los hechos, sino por ponderación que resuelve, *ex post* y para el caso en concreto, la tensión entre principios invocados por las partes. Su tarea entonces implica *elaboración* de normas particulares, y no sólo *aplicación* de normas generales dispuestas por el legislador en los Códigos. Dada esta transformación de tareas, la razonabilidad que antes se exigía al legislador al momento de reglamentar los derechos constitucionales mediante la sanción de normas civiles y comerciales (art. 28, CN), ahora le es exigida al juez

al emitir su sentencia (art. 3, CCC).

3.1.5.- El carácter político del Derecho Privado. La disolución de la separación estricta del Derecho Público y el Derecho Privado.

Las consecuencias antes descriptas inciden sobre el carácter apolítico, ahistórico y cientificista del Derecho Privado. Se descubre ahora que las relaciones entre particulares –y la justicia particular– tienen directa incidencia en el éxito o fracaso del plan político, económico y social diseñado por la Constitución. Las consecuencias de la regulación de la propiedad y del contrato forman parte de la discusión desde el punto de vista colectivo. Por ello, los principios de Derecho Privado dejan de ser vistos meras derivaciones abstractas del razonamiento científico, y se advierte que en realidad son los pilares de la arquitectura liberal de los Códigos (la buena fe, la conservación del contrato, la autonomía contractual). El Derecho Privado no es indiferente a la organización de la sociedad. De hecho, los desarrollos del análisis económico del derecho han permitido advertir las consecuencias públicas de las acciones privadas. En otras palabras, el contrato no es un fenómeno económicamente neutro y, al igual que la asignación de derechos de propiedad, opera con efectos distributivos dentro de la sociedad (Lorenzetti, 1995:468).

En esta línea, aunque desde un punto de vista muy diferente, Ferrajoli (2018) ha marcado que el constitucionalismo se ha desarrollado como un “constitucionalismo de Derecho Público”, en el que se identifica un único origen del “poder” del que debe resguardarse el ciudadano: el que proviene del Estado. En cambio, en el transcurso del siglo XX la concentración económica y la globalización de los mercados, ha demostrado que los poderes pueden ser también “privados” y que por lo tanto, deberíamos pensar en un “constitucionalismo de Derecho Privado”.

Con todo ello, la división entre Derecho Público y Derecho Privado se convierte en una ficción difícil de sostener: ¿acaso las normas que regulan el ejercicio de la propiedad no inciden en el estatus de ciudadano tanto o más que lo que lo hacen las normas que regulan el funcionamiento de las elecciones?

3.- Actualidad y perspectiva de la constitucionalización del Derecho Privado en Argentina.

Cómo advertíamos antes, los modelos presentados son construcciones abstractas que no se verifican completamente en un ordenamiento jurídico determinado. En cambio, existen indicios que permiten advertir la tendencia hacia uno u otro modelo. En el caso de Argentina, y como tal vez ocurra en muchos otros ordenamientos jurídicos nacionales, existe un tránsito desde un modelo de constituciona-

lización no problemática hacia una de tipo de constitucionalización problemática. En otros términos, la Constitución ha dejado de ser sólo la garantía de derechos subjetivos civiles y proyecta un nuevo *programa de desarrollo* del Código y toda la legislación infraconstitucional. En ese tránsito, ¿en qué punto estamos?

La eficacia directa de las normas constitucionales y convencionales aún sigue basada en la defensa de los derechos individuales, y son demasiado incipientes los deberes prestacionales en cabeza de los particulares en el marco de relaciones jurídicas privadas. Algunas luces comienzan a advertirse en contratos que involucran bienes fundamentales, como el contrato de locación de viviendas con destino habitacional, en el existe una revisión respecto a temas sencibles como el desalojo por falta de pago³⁸. En los contratos de consumo se advierte una preocupación por el acceso al contrato (y a los bienes primarios), lo que implica deberes basados en la no discriminación o en la tutela del ambiente (arts. 1094 y 1098, CCC). En los contratos de medicina prepaga, que desarrollan el derecho a la salud, se ha obligado a la empresas a atender un plan de prestaciones mínimas (art. 10, ley 26.682) y a otorgar bienes requeridos con urgencia no contemplados en el sinalgama original, aún cuando se reconoce el derecho a repetir o compensar la prestación hacia el Estado.

En este sentido, el orden público continua siendo un dispositivo defensivo y legitimador de los derechos de propiedad y de la autonomía privada. Pese a la novedad que implica la introducción de los bienes colectivos en la teoría de los derechos plasmada en el Código (art. 14, CCC) y en la jurisprudencia de la CSJN³⁹, el orden público remite aún a la imposición de límites al ejercicio del derecho subjetivo (art. 240, CCC). La tutela de intereses colectivos no ha implicado todavía deberes prestacionales, ni siquiera basados en el acceso a los bienes o referidos a la conservación⁴⁰.

La autosuficiencia argumental de la Constitución y los tratados aparece definitivamente sugerida por el Código (arts. 1 y 3). Estas mismas normas introducen la desición basada en la ponderación de principios, aún en desmedro de las reglas previstas en el propio Código. Transcurridos los primeros años de esta experiencia, resulta pertinente efectuar un balance del uso que han hecho los jueces de este tipo de razonamiento para así advertir sus verdaderos efectos.

En definitiva, y pese a lo expresado en los Fundamentos del Anteproyecto de Código, al ordenamiento jurídico (y a sus operadores) aún le resulta difícil instrumentar una completa constitucionalización del Derecho Privado que resuleva la tensión entre el programa político, económico y social previsto en la Constitución

³⁸ En este sentido, se han limitado preliminarmente el desalojo cuando la vivienda es habitada por grupos vulnerables como niños, niñas y adolescentes (Cam. Nac. Civ., Sala G, “R., A. N. c. L., R. R. y otros”, del 07/07/16 en *La Ley Online*, cita: AR/JUR/45882/2016; Cam. Civ. Nac., Sala E, “B., E. E. c. Z. H., A. y Otro”, del 23/05/19, en *La Ley Online*, cita: AR/JUR/11952/2019).

³⁹ Ver la reseña que efectuamos en Galdós y Valicenti, 2015.

⁴⁰ Ampliamos en Valicenti, 2016.

y los tratados de derechos humanos, y el que desarrolla mayormente la legislación civil y comercial.

Bibliografía:

Abramovich, Victor y Curtis, Christian (2004), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.

Alexy, Robert (2007), *Teoría de los derechos fundamentales*, 2º ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Alfaro Aguila Real, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 46 (1993), nº 1, pp. 57-122.

Alegre, Marcelo (2015), “A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del Derecho Privado”, en *Pensar en Derecho*. 2015, nº0, pp.57-67.

Alferillo, Pascual E. (2013), “El proceso de constitucionalización del Derecho Civil”, en *Ratuio Ius. Revista de Derecho Privado*, Vol.1, nº1, versión electrónica disponible en <https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/issue/view/12>, visitado el 13/05/2020.

Arce y Flórez-Valés, Joaquín (1986), *El Derecho civil constitucional*, Civitas, Madrid.

Bidart Campos, Germán J. (1995), *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires.

Cabrillac, Rémy, “Es el *code civil* la verdadera constitución de Francia”, en *Themis. Revista de Derecho*, 63, pp. 293-301.

Castel, Robert y Haroche, Claudine (2003), *Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo. Conversaciones sobre la construcción del individuo moderno*, Homo Sapiens, Rosario.

Comanducci, Paolo (2005), *Constitucionalización y teoría del derecho*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en línea disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadelderecho>, citado el 13/05/20.

Favoreu, Joseph L. (2001), “La constitucionalización del Derecho”, en *Revista Derecho Valdivia*, vol. 12 (2001), nº 1, pp. 31-43.

Ferrajoli, Luigi, *Libertad y propiedad. Por un Constitucionalismo de Derecho Privado*, Palestra, Lima.

Galdós, Jorge M. y Valicenti, Ezequiel (2015), “Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (la irrelevancia de la supresión del Anteproyecto)”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2015-3, pp. 89-126.

García de Entrerría, Eduardo (1979), “La Constitución como norma jurídica”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1979, n° 2-3, pp.291-342.

Gil Domínguez, A. (2015), *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Ediar, Bs. As.

Grossi, Paolo (2003), *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid.

Guastini, R. (2001), “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, pp. 153-183.

Herera, Marisa y Picasso, Sebastián (2015), “Comentario al art. 1°”, en Herrera, Marisa, Caramello, Gustavo y Picasso, Sebastián (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, 2015, pp. 5-13.

Lorenzetti, Ricardo L. (1995), *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

López y López, Ángel M., *El Derecho Civil entre tradición histórica y constitución política*, Aranzadi, Pamplona.

Mosset Iturraspe, Jorge (1994), “Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994 (7), pp. 87-100.

Nicolau, Noemí L. (1995), “La Constitución Nacional y los Códigos de Derecho Privado”, en *Trabajos del Centro*, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad

Nacional de Rosario, 1, pp. 33-36.

Nicolau, Noemí L. (2016), “El contrato en el contexto de la teoría general del contrato”, en Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial*, La Ley, Bs. As., pp. 5-67.

Perlingieri, Pietro (1983), “Por un Derecho civil constitucional”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36 (1983), vol. 1, pp. 1-16.

Rivarola, Rodolfo (1901), *Instituciones del Derecho Civil argentino*, Jacobo Peuser editor, Bs. As.

Rosenkrantz, Carlos (2015), “El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial: viejos problemas sin nuevas soluciones”, *Revista de Derecho Privado y*

Comunitario, 2015-0, pp. 113-136.

Rivera, Julio C. (1994), “El Derecho Privado constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994 (7), pp. 27-52.

Sozzo, Gonzalo (2007), “Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-3, pp. 349-418.

Sozzo, Gonzalo (2019), *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé.

Tanzi, Hector J. (2014), “La Corte Suprema durante los gobiernos de la revolución”, en Santiago, Algonso (h) (dir), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Marcial Pons, Bs. As., T. I, pp. 197-287.

Valicenti, Ezequiel (2016), “Patrimonio cultural, acceso a los bienes culturales artísticos y función colectiva de la propiedad”, en *Microjuris Argentina*, cita: MJ-DOC-10325-AR | MJ10325

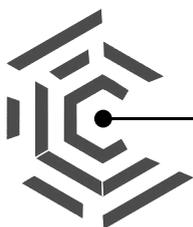
Valicenti, Ezequiel (2017), “La igualdad en las relaciones de consumo. La protección contra la discriminación del consumidor”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2017-II, fasc. 2, p. 9-36.

Venegas Grau, María (2004), *Derecho fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid.

Vigo, Rodolfo L. (2015), *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Vivas, Mario L. (2018), “La constitucionalización del derecho civil en el Código Civil y Comercial Argentino”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, n° 7 (2018), en línea en IJ, cita: IJ-DXXXIV-698.

La protección de las relaciones intergeneracionales entre nieto/as y abuelo/as en el Código Civil y Comercial. Consideraciones a partir de una lectura transversal



Florencia Vazzano

(UNICEN)

Resumen:

Las familias de la actualidad se desenvuelven en escenarios de múltiples *interacciones intergeneracionales*, es decir, vinculaciones entre sujeto/as que pertenecen a generaciones diversas (Dabove, 2008), dentro de las cuales se destacan en este trabajo las que se entablan entre nieto/as y abuelo/as, así como también, entre bisnieto/as y bisabuelo/as (Grosman-Herrera, 2011). Las relaciones intrafamiliares entre lo/as sujeto/as que integran esas generaciones reciben su debida protección en el complejo jurídico, a través de respuestas inspiradas en la protección de la “persona”, en particular, mediante un especial resguardo de los derechos de lo/as nieto/as o bisnieto/as que son niños, niñas y adolescentes, y abuelo/as o bisabuelo/as que son personas mayores.

El Código Civil y Comercial refleja en sus diversas captaciones la protección de las relaciones intergeneracionales entre nieto/as y abuelo/as, así como entre bisnieto/as y bisabuelo/as, integrándose al sistema jurídico en consonancia con las exigencias que devienen de los estándares internacionales y constitucionales en la materia. De allí que el presente trabajo tenga como propósito mostrar que la trascendencia que se asigna a dichas interacciones se desprende del análisis de diversos institutos incorporados al Código Civil y Comercial a partir del impacto del Dere-

cho Internacional de los Derechos Humanos, así como de la “re-interpretación” de figuras tradicionalmente aceptadas por el mundo jurídico. Por tanto, la temática se aborda desde una lectura transversal de distintas instituciones del Derecho de Familias que demuestran lo antedicho.

1.- Introducción a la temática

Las familias de la actualidad se desenvuelven en escenarios de múltiples *interacciones intergeneracionales*, es decir, vinculaciones entre sujetos que pertenecen a generaciones diversas, dentro de las cuales se destacan en este trabajo las que se entablan entre nieto/as y abuelo/as, así como también, entre bisnieto/as y bisabuelo/as.

El proceso de envejecimiento poblacional como fenómeno demográfico iniciado a partir de mitad del S. XX, y el mejoramiento de la condiciones de vida gracias a los aportes de la ciencia y de la tecnología, constituyen los contextos propicios para el desarrollo de las relaciones familiares entre las distintas generaciones (Dabove, 2008). En ese marco, los abuelo/as/bisabuelo/as asumen tareas de cuidado activas y significativas a favor de sus nieto/as/bisnieto/as que son niño/as o adolescentes, ante escenarios familiares de ausencias, incumplimientos, o imposibilidades por parte de lo/as progenitores, en razón de muy variadas circunstancias.

Las relaciones intrafamiliares entre lo/as sujetos que integran las mencionadas generaciones reciben su debida protección en el complejo jurídico, a través de respuestas inspiradas en la protección de la “persona” y, en particular, mediante un especial resguardo de los derechos de lo/as nieto/as o bisnieto/as que son niño/as y adolescentes y abuelo/as o bisabuelo/as que son personas mayores.

El Código Civil y Comercial confiere respuestas a las exigencias que devienen de los estándares internacionales y constitucionales en la materia. Exige el desarrollo de las interacciones mencionadas en marcos de respeto por la autonomía, igualdad y dignidad de ambas generaciones, así como también, visibiliza los roles activos que desempeñan lo/as abuelo/as y bisabuelo/as en el seno de las familias de la actualidad.

En razón de lo expuesto, la presente ponencia tiene como propósito mostrar que el sistema jurídico confiere una especial protección a las relaciones intergeneracionales conformadas por nieto/as y abuelo/as- comprensivo de bisnieto/as y bisabuelo/as. Si bien dicha protección se observa en todo el complejo jurídico, este trabajo se centra en el análisis de institutos incorporados al Código Civil y Comercial a partir del impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o de la “re-interpretación” de figuras tradicionalmente aceptadas por el mundo jurídico. De allí que la temática se aborda desde una lectura transversal de distintas

instituciones receptadas por el cuerpo normativo que demuestran lo antedicho: las relaciones entre nieto/as y abuelo/as⁴¹ en el marco del deber-derecho alimentario, del derecho de comunicación, de la adopción, de la guarda y de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental.

2.- La relación alimentaria entre nieto/as-abuelo/as: su relectura en clave constitucional-convencional

La protección especial que el Código Civil y Comercial confiere a las interacciones entre nieto/as y abuelo/as-y bisnieto/as y bisabuelo/as- se observa en la actual regulación de la relación alimentaria integrada por niño/as y adolescentes como beneficiario/as de los alimentos. La recepción actual constituye el producto de un proceso de deconstrucción y reconstrucción suscitado a partir del impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Derecho de Familias. Sustancialmente, el art. 27 de este instrumento internacional se ha constituido en una de las disposiciones claves sobre la temática, en cuanto consagra el derecho de los/as niño/as y adolescentes a un nivel de vida adecuado (inc. 1°), así como el derecho a que ello sea proporcionado por sus progenitores y “otras personas encargadas”, dentro de las cuales se encuentran lo/as abuelo/as y bisabuelo/as (inc. 2°). En consonancia con el texto convencional, la institución ha pasado de una mirada exclusivamente civilista a una mirada “convencionalizada” y “constitucionalizada” que coloca en el centro de interés a los derechos humanos involucrados (Molina de Juan, 2014). Desde la perspectiva actual, se trata de una relación intergeneracional garantizadora de los derechos de supervivencia y desarrollo integral de lo/as niño/as y adolescentes (Scherman, 2015).

El Código Civil y Comercial asume esas exigencias valorativas pues mantiene la “subsidiariedad” de la responsabilidad alimentaria de lo/as abuelo/as -conforme se ha previsto desde la legislación anterior-, pero no obstante incorpora ciertas “especialidades” a favor de los/as alimentado/as que son niño/as y adolescentes. La mirada especial se observa mediante la recepción de un principio de *flexibilización procesal* que permite a la parte actora accionar contra lo/as ascendientes *en el mismo proceso* en que se demanda a lo/as progenitores, sin necesidad de agotar todas las instancias que prueben el incumplimiento paterno o materno (Herrera, 2015a). Asimismo, la mencionada flexibilización posibilita que la parte actora pueda acreditar *verosímelmente* las dificultades para percibir los alimentos del/la otro/a obligado/a principal⁴². El término “verosímil” empleado por la norma significa que no se exige certeza sino probabilidad del hecho objetivo (imposibilidad de cobrar los alimen-

⁴¹ Comprensivo de bisnieto/as y bisabuelo/as.

⁴² El art. 668, en su primera parte, flexibiliza los pasos procesales, indicando que: “Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso (...)”.

tos), por lo que se trata de una prueba prima facie (Bay, 2013).

La mencionada flexibilización receptada en el Código tiende a asegurar la celeridad en la realización del derecho a la alimentación de lo/as niño/as y adolescentes, así como también, visibiliza la trascendencia de la función alimentaria de los abuelo/as/bisabuelo/as frente a los incumplimientos de lo/as progenitores, en cuanto dato sociológico relevante que merece una respuesta jurídica especial. En otras palabras, en razón de la realidad imperante que exhibe roles de alimentación por parte de los abuelo/as y bisabuelo/as -muchas veces de manera espontánea- la legislación reorganiza los medios para garantizar una eficaz satisfacción del interés superior del niño. Cecilia Grosman (2004) ha expresado que las reformas en materia de alimentos deben sustentarse en mecanismos que faciliten el acceso a la justicia, que reflejen el especial desvelo por el factor tiempo mediante la eliminación de la ritualización procesal que pone tintes dramáticos a la urgencia alimentaria.

Por otro lado, la protección especial se refleja en la inclusión del rubro *educación* dentro del contenido del deber de alimentos a cargo de lo/as parientes, cuando lo/as beneficiario/as son niño/as o adolescentes. De esta manera, la legislación extiende el alcance de la responsabilidad alimentaria de lo/as abuelo/as-bisabuelos, dejando atrás el criterio más restrictivo del Código anterior. Ello constituye uno de los aportes más significativos en la temática, considerando que se trata de una medida legislativa que procura el resguardo del derecho a la educación de los niño/as y adolescentes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en relación al derecho a la educación y al derecho a la salud de los niño/as y adolescentes, que “*ambos suponen diversas medidas de protección y constituyen pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños (...)*”⁴³.

En suma, la responsabilidad de los/as abuelo/as o los/as bisabuelo/as requiere de su lectura en clave constitucional y convencional, siendo una de las funciones preponderantes que el complejo jurídico les atribuye en beneficio de sus nieto/as o bisnieto/as, en particular tratándose de niño/as o adolescentes. La trascendencia de este rol ha sido señalada por el Prof. Ciuro Caldani, quien ha expresado que el derecho a recibir alimentos merece el reconocimiento de una nueva área jurídica que denomina “Derecho de la Alimentación”, como parte integrante del Derecho de la Salud (Ciuro Caldani, 2017). En ese marco, ha indicado que alimentar implica “*hacer subsistir y crecer (...)* El Derecho de la Alimentación es el de la subsistencia y el crecimiento del individuo para que alcance a desarrollarse plenamente, para que llegue a ser persona. La alimentación nutre y es diversa del mero comer, con la que a veces se la confunde (...) El Derecho de la Salud y el Derecho de la Alimentación son vertientes de importancia básica en la construcción de lo jurídico. Para que la persona pueda existir y generar el resto de su juridicidad debe alimentarse” (Ciuro Caldani, 2017: 71).

⁴³ Corte IDH, “O.C., n° 17, 28/8/2002, “Condición Jurídica y derechos humanos de la niñez”, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

3.- La relación de comunicación entre nieto/as-abuelo/as: su redefinición a partir de la llegada de los derechos humanos

La especial protección de las relaciones entre nieto/as y abuelo/as -comprensivo de bisnieto/as y bisabuelo/as- se desprende asimismo de la regulación del *derecho-deber de comunicación*, cuya recepción en el Código Civil y Comercial responde al camino de “redefinición” del instituto, trazado en el seno de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia como resultado de la fuerza normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, lo/as redactores del Código han expresado que se trata de un derecho-deber que involucra “*por igual a dos personas que no se visitan sino que se relacionan, se comunican, y profundizan vínculos afectivos fundados principalmente en el parentesco*” (fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, p. 89).

El art. 555 del Código contempla de este modo un “derecho humano bidireccional”, es decir, de titularidad tanto de los niño/as y adolescentes como de sus abuelo/as y los bisabuelo/as. La consagración en el cuerpo normativo responde a la exigencia de preservación de las relaciones familiares entre lo/as parientes que surge del art. 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, del art. 11 de la ley 26.061 y del art. 7° de su decreto reglamentario, así como también del art. 8° de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el cual reconoce el derecho de las personas que transitan la vejez a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia (Dabove, 2018).

El ejercicio, goce y disfrute del derecho humano plasmado en el art. 555 del Código constituye la regla general, ello significa que tanto los niño/as y adolescentes como sus abuelo/as deben contar con posibilidades reales de comunicarse espontáneamente y sin interferencias por parte de tercero/as, entre ello/as, lo/as progenitores, tutores u otras personas encargadas del cuidado de aquello/as. No obstante, la última parte de la norma contiene una *facultad de oposición a la comunicación*, teniendo en cuenta que quienes tienen el deber de no intervenir en el desarrollo de los lazos afectivos de los niño/as y adolescentes tienen, a la vez, la obligación de proteger su integridad psicofísica, y de allí que pueden oponerse a la comunicación con fundamento en posibles perjuicios a su salud mental o física.

En el marco de las interpretaciones efectuadas sobre esta relación intergeneracional se ha indicado que la figura de lo/as abuelo/as ocupa un lugar de suma importancia en la vida de sus nieto/as, tanto en el plano afectivo como en el de la socialización (Kemelmajer de Carlucci, 2006). Se agrega que la conservación de los vínculos familiares resulta asimismo relevante para los/as abuelo/as, especialmente tratándose de personas mayores, teniendo en cuenta que su efectivo desarrollo concede posibilidades para su participación activa, productiva y plena dentro de su

familia (Grosman y Herrera, 2011).

En relación a los niño/as y adolescentes se ha dicho que su derecho a crecer y desarrollarse en el ámbito familiar se vincula y fortalece con las relaciones que en el devenir de la vida entablan con parientes y personas significativas, quienes pueden colaborar con lo/as progenitores en el proceso de crecimiento y desarrollo personal (Krasnow, 2017). En esa dirección desde la jurisprudencia se ha señalado que “(...) *para el desarrollo integral del ser humano resulta útil y proficua la transferencia generacional entre abuelos y nietos, no sólo a nivel del traspaso de información histórica familiar, sino como experiencia de vida. Lo cual en todo caso se vincula con la propia identidad personal, en la faz dinámica de la misma*”⁴⁴. A la par que se pretende la conservación de las interacciones familiares, se busca el respeto y debido resguardo del *derecho a la identidad*, considerando que la vinculación intergeneracional analizada genera lazos significativos para las personas que hacen a la construcción y al desarrollo de su personalidad y unicidad (Fernández Sessarego, 1992).

4.- La adopción: una recepción respetuosa de los vínculos entre nieto/as-abuelo/as biológico/as

La especial protección que se sostiene en este trabajo surge también de la normativa que ofrece el Código en torno al instituto de la adopción. Su recepción refleja la visión constitucional y convencional que prevalece en todo el cuerpo normativo, y en general, en el sistema jurídico argentino. De este modo, se regula un procedimiento donde se consideran los derechos de todos lo/as sujeto/as involucrado/as, estableciéndose dentro de los principios rectores aquel que permite examinar las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (art. 595 inc. c). Pues, se resalta la importancia de transitar un camino previo a la declaración de adoptabilidad, proyectado con vistas al fortalecimiento de los vínculos con la *familia de origen*, en cuyo marco se comprende el respeto por las relaciones familiares entre nieto/as y abuelo/as, y bisnieto/as y bisabuelo/as.

La captación normativa del Código Civil y Comercial se instala en clara sintonía con los postulados que devienen de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7º, 8º, 9º, 18, 19 y 27.3), y de la ley 26.061 (arts. 7º, 10, 11, 12 y 13), los cuales refieren al derecho de los niño/as y adolescentes a vivir y permanecer en su familia de origen. La Corte IDH ha indicado que “*el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia (...) de allí que podría decirse que a la familia que todo niño tiene derecho, es principalmente, a su familia biológica*”⁴⁵.

⁴⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, “F. P. R. c. C., A. F. s/ régimen de visitas provisorio”, 25/08/2015, Microiuris, Cita Online: AR/JUR/36039/20159

⁴⁵ CIDH, caso Fornerón vs. Argentina, www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203, párrafo 119

En relación a las formas o clases de adopción⁴⁶, el art. 621 incorpora una gran novedad que incide fuertemente en los efectos de las adopciones, pues abre cauces para decidir la conservación de los vínculos familiares, o para establecer su cese, con independencia del tipo adoptivo de que se trate. Así, la norma expresa que: “*El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple...*”. Se observa la recepción de un *principio de flexibilización* de los efectos propios de cada clase de adopción, lo que en el caso de la adopción plena implica la posibilidad -a pedido de parte- de ordenar judicialmente la conservación de los vínculos jurídicos con parientes biológico/as, como pueden ser los abuelo/as y/o los bisabuelo/as.

Otra de las aristas que revela la preocupación por el respeto de las relaciones familiares es el reconocimiento del *derecho a conocer los orígenes*, como otro de los principios rectores de la adopción. Su ejercicio puede realizarse mediante acceso al expediente cuando la persona adoptada cuenta con la edad y grado de madurez suficiente. Además, se exige el compromiso expreso de la familia adoptante de brindarle conocimiento acerca de la verdad de origen, todo lo cual confiere posibilidades para establecer la comunicación con lo/as parientes biológico/as (Krasnow, 2017). Asimismo, la debida protección surge de la recepción del *derecho a la identidad* como otro de los principios rectores que rige la adopción, entendido desde su aspecto estático-vinculado al origen de la persona-, y desde su aspecto dinámico-referido a la proyección social en su devenir. Así, el resguardo de los vínculos biológicos alude a la faz de identificación personal, tendiente a la individualización de la persona, que al mismo tiempo la hace única e irrepetible (Krasnow, 2017).

En suma, la exigencia de agotar las instancias para mantener a los niño/as o adolescentes en su familia de origen, el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes y del derecho a la identidad como criterios rectores, y la posibilidad de conservar vínculos biológicos-incluso en la adopción plena-, denotan la revalorización del lugar de la familia biológica en el marco de la adopción (Herrera-Molina de Juan, 2015). En particular, en relación al tema que se aborda demuestra la trascendencia que poseen las interacciones entre nieto/as-abuelo/as o bisnieto/as/bisabuelo/as frente a una figura como es la adopción. La efectividad de las disposiciones que contienen estos mandatos deriva como una exigencia del debido respeto al derecho a la dignidad, a la identidad, a la igualdad, a la libertad, receptados por el conjunto de estándares internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, como una necesidad de proteger la participación activa de los abuelo/as y bisabuelo/as en la vida de sus nieto/as o bisnieto/as, cuyo requerimiento surge -conforme se dijo- de

⁴⁶ Se reciben tres formas: simple, plena y por integración, siendo esta última la adopción del hijo/a del cónyuge o conviviente.

la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Dabove, 2018).

5.- Las relaciones intergeneracionales entre nieto/as-abuelo/as- bisnieto/as y bisabuelo/as en la guarda y en la delegación de la responsabilidad parental

La protección de las vinculaciones intergeneracionales que se abordan en este trabajo, así como la revalorización del rol que cumplen los abuelo/as y los bisabuelo/as en el seno de las familias, se desprende asimismo de dos figuras jurídicas incorporadas por el Código: la guarda y la delegación de la responsabilidad parental. La legislación asume todas aquellas circunstancias propias de la dinámica de la vida familiar, de sus avatares y complejidades que conducen frecuentemente a que los abuelo/as o los bisabuelo/as asuman roles activos y principales que, en principio, el orden jurídico ha reservado a lo/as progenitores como titulares de la responsabilidad parental. Pues, determinadas situaciones de ausencias, incumplimientos, enfermedades, adicciones, violencia, abandono por parte de lo/as principales obligado/as, conlleva al desarrollo de funciones por parte de los abuelo/as o los bisabuelo/as en el marco de la guarda, de la tutela⁴⁷, o de la delegación de la responsabilidad parental. Ello da lugar a una vinculación intergeneracional donde los abuelo/as o los bisabuelo/as ocupan un lugar preponderante en la formación de los niño/as y adolescentes, y donde desempeñan las tareas más amplias que el sistema jurídico establece a favor de sus nieto/as (funciones de cuidado, crianza, educación, supervisión). En algunos supuestos, sin poseer una atribución formal de sus funciones (guardas de hecho)⁴⁸; en otros casos, en el marco de las “medidas excepcionales de protección” previstas por la ley 26.061, ante la existencia de una vulneración o amenaza a los derechos de los niño/as o adolescentes que amerita la separación temporal de sus progenitores, permaneciendo en el ámbito de su familia extensa (art. 40).

Actualmente, se suman dos institutos mencionados anteriormente y contemplados en el Código. Uno de ellos es la “guarda otorgada a pariente”, como una de las figuras derivadas de la responsabilidad parental. Así, el art. 657 dispone que: “*En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código*”. De este modo, esta forma de guarda nace a partir de una resolución judicial, fundada y excepcional, que aparta a los niño/s o adolescentes de su familia

⁴⁷ El Código en su art. 104, primer párrafo establece que: “*La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental*”.

⁴⁸ Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia cita el concepto de guarda de hecho brindado por José Cafferata: “*es aquella situación que tiene lugar cuando una persona, sin atribución de la ley, ni del juez, por propia decisión, toma un menor a su cuidado*” (Cafferata, 1978:55). Es habitual que en estos casos se regularice dicha situación fáctica mediante la resolución de un juez (otorgamiento de guarda judicial).

nuclear cuando se verifica una situación de amenaza o afectación de sus derechos fundamentales. Lo/as guardadores asumen el cuidado personal y las facultades para tomar decisiones relativas a las actividades de la vida diaria, sin perjuicio de que lo/as progenitores conservan las obligaciones y derechos que emergen de la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 657, último párrafo).

Por otro lado, el Código incorpora la figura de la “delegación del ejercicio de la responsabilidad parental”, en cuyo marco los abuelo/as o bisabuelo/as también asumen tareas amplias y principales en beneficio de sus nieto/as o bisnieto/as. El art. 643, ubicado dentro del título sobre responsabilidad parental, establece que: *“En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas (...)”*. Por lo tanto, la figura contemplada en la norma nace a partir de un acuerdo entre lo/as progenitores y el pariente que asume tal delegación, por un plazo determinado y por razones suficientemente justificadas. La realidad social puede mostrar situaciones muy variadas que dan lugar a esta delegación transitoria, tales como la necesidad de lo/as progenitores de permanecer un tiempo en el exterior o en alguna localidad o región del país por motivos de trabajo, estudio, profesión; o por enfermedad o necesidad de tratamiento médico en otro lugar del domicilio familiar, entre otras (Herrera, 2015a). Lo cierto es que en el marco de tal delegación los abuelo/as o los bisabuelo/as poseen temporalmente los deberes y derechos que corresponden al ejercicio de la responsabilidad parental, sin perjuicio de que lo/as progenitores conservan la titularidad y un derecho a supervisar la crianza y educación de sus hijo/as, en función de las posibilidades (art. 643).

Se ha indicado que esta figura puede funcionar como un “puente” entre el sistema de protección integral de los derechos de niño/as y adolescentes y las instituciones propias del Derecho de Familias, como la responsabilidad parental. Puede ser así, una variable a considerar en aquellos casos en los cuales lo/as progenitores evidencien dificultades para desempeñar el ejercicio de la responsabilidad parental y, que a través de la intervención de los servicios administrativos de protección de derechos, se pueda arribar a un acuerdo de delegación, con la imprescindible intervención judicial que exige la norma (Herrera, 2015b).

En resumidas cuentas, en estos supuestos los abuelo/as o los bisabuelo/as llevan adelante las tareas más amplias que pueden desarrollar en el marco de las relaciones familiares con sus nieto/as o bisnieto/as, considerando que pasan a ocupar el lugar de los principales obligado/as, y que sus responsabilidades y derechos se enmarcan en un contexto de crianza y de entrega de afecto, amor, contención, e incluso, de control y de corrección. La circunstancia de que la guarda o la delegación, según el caso, *sea otorgada a un pariente* se ubica en sintonía con la premisa

que indica que el ámbito preferente de permanencia de los niño/as o adolescentes ante la separación de sus progenitores es la *familia ampliada*, de conformidad con los estándares internacionales y nacionales en la materia.

En la postmodernidad, la diferentes realidades familiares demuestran el ejercicio de una abuelidad que refleja importantes roles que desempeñan abuelo/as o bisabuelo/as que transitan su vejez, quienes en muchas ocasiones se encuentran enérgico/as, incluso activo/as laboralmente, producto de la mayor expectativa de vida y de su mejor calidad (Dabove-Di Tulio Budassi, 2015).

6.- Reflexiones finales

Desde una lectura transversal de los institutos jurídicos descritos en este trabajo se desprende que el Código Civil y Comercial se inspira en la especial protección de las relaciones intergeneracionales entre nieto/as y abuelo/as, así como entre bisnieto/as y bisabuelo/as, en consonancia con las exigencias que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional. Esa especial protección se expresa mediante el resguardo de los derechos humanos implicados en cada una de las instituciones analizadas, en cuyo marco se ubica la “persona” como centro de interés del mundo jurídico.

Las captaciones normativas relativas al derecho-deber de comunicación y de la adopción exhiben como común denominador la necesidad de asegurar la preservación de las relaciones familiares, así como el derecho a la identidad en su faz estática y dinámica, componentes esenciales para la formación y desarrollo integral de las personas. Que las disposiciones reguladoras de la responsabilidad alimentaria, así como de aquellas que refieren a la guarda y a la delegación de la responsabilidad parental se inspiran en la trascendencia de las tareas que cumplen los abuelo/as o bisabuelo/as en esos contextos, todas las cuales constituyen funciones realizadoras de los derechos de supervivencia y de desarrollo de los niño/as y adolescentes.

Por otro lado, tratándose de vinculaciones intergeneracionales conformadas por personas mayores, las premisas que fundan las instituciones jurídicas antedichas deben entenderse en sintonía con la consagración de sus derechos de participación y autonomía e independencia, cuyo ejercicio y disfrute pleno requiere de acciones y/u omisiones de parte de lo/as integrantes de la familia, del Estado y de la sociedad en su conjunto.

Conforme lo expuesto, las disposiciones que captan las antedichas figuras en ningún modo pueden ser interpretadas de manera aislada del resto del ordenamiento normativo, en cuanto forman parte de un conjunto de respuestas jurídicas iluminadas por los derechos de quienes transitan la niñez, la adolescencia y la vejez. Ello constituye tarea necesaria del funcionamiento normativo, conforme surge del

Título Preliminar del Código (arts. 1° a 3°).

Bibliografía

Bay, Nahuel (2013), “Alimentos y abuelos. Subsidiariedad atenuada a la luz del derecho humano de niñas, niños, adolescentes en el proyecto de reforma argentina”, *Derecho de Familia*, n° 59, Abeledo Perrot, 2013, p. 199;

Cafferata Nores, José, I. (1978), *La guarda de menores*, Buenos Aires: Astrea.

Ciuro Caldani, Miguel A. (2017), *Proyecciones académicas del trialismo: disertaciones, comunicaciones y ponencias*, Rosario: Fder Edita.

Dabove, M. Isolina (2008), “Derecho y Multigeneracionismo: los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez”, *Derecho de Familia*, n° 40, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Dabove, M. Isolina (2018), *Derecho de la Vejez*, Buenos Aires: Astrea.

Dabove, M. Isolina-Di Tulio Budassi, Rosana (2015), “Derecho de alimentos y vejez multigeneracional”, en Krasnow (direct.), *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires: La Ley, p. 625.

Fernández Sessarego, Carlos (2015), *Derecho y persona*, Buenos Aires: Astrea;

Grosman, Cecilia (2004), “Alimentos a los hijos y derechos humanos. La responsabilidad del Estado”, en Grosman (direct.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Buenos Aires: Universidad.

Grosman, Cecilia-Herrera, Marisa (2011), “Una intersección compleja: Ancianidad, abuelidad y Derecho de Familia”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, n° 8, 2011;

Herrera, Marisa (2015a), “Responsabilidad Parental”, en Lorenzetti, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, p. 299;

Herrera, Marisa-Caramelo, Gustavo-Picasso, Sebastián (2015b), *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Infojus.

Kemelmajer de Carlucci, Aída (2006), “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída-Pérez Gallardo, Leonardo, B. (coord.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Molina de Juan, Mariel (2014), “Parentesco”, en Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras (direct), *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*,

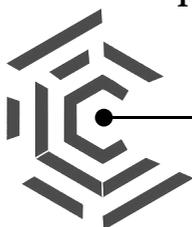
Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Scherman, Ida (2015), “El derecho a la vida del niño en el complejo tapiz de derechos humanos. El derecho a la vida del niño como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, como al de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Fernández (direct.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.



derecho internacional público y derechos humanos

La aplicación del gender mainstreaming en la elaboración de los presupuestos nacionales en materia laboral



Mariana Brocca

(UNICEN)

Resumen:

En el marco de un Estado, la posibilidad de darle implementación y cumplimiento a los derechos sociales depende, indefectiblemente, de que le sean asignados y ejecutados los recursos suficientes para su cumplimiento, siendo esto posible sólo si se asignan las partidas mediante la Ley de Presupuesto y si se da su debida ejecución (Antúnez, 2017: 476). De este modo, la Ley de Presupuesto se constituye como un eje central para el respeto y garantía de los derechos sociales (Antúnez, 2017: 476).

Sin embargo, como señala Dalile Antúnez (Universidad de Buenos Aires, ACIJ), las personas que se encuentran encargadas de crear, sancionar e implementar el presupuesto generalmente desconocen los principios y normativas de derechos humanos a la hora de tomar sus decisiones (Antúnez, 2017: 476), impidiendo así la efectiva garantía de los derechos sociales acorde a las obligaciones estatales contraídas a través de tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”). Ello, sobre todo, respecto a grupos históricamente discriminados como lo son las mujeres, que conforman ni más ni menos que más del cincuenta por ciento de la población mundial.

Dentro de los derechos sociales más vulnerados por cuestión de género se halla, sin lugar a dudas, el derecho al trabajo. Consecuentemente, para garantizar los derechos sociales y, específicamente, el derecho al trabajo a las mujeres sin

discriminación alguna es necesario tener presupuestos sensibles al género (Elson, 2003). Para lograrlo, resulta de importancia lo que es conocido como *gender mainstreaming*.

La relación entre el *gender mainstreaming* y la elaboración de presupuestos sensibles al género (CEPAL, 2015; CEPAL, 2017) es sumamente estrecha, toda vez que “*el segundo es parte integrante del primero y ambos son complementarios en el intento de conseguir la igualdad de género*” (Lombardo, 2006: 9). Con base en ello, el presente trabajo tiene por finalidad analizar los presupuestos nacionales de Argentina, comprendidos entre los años 2015 y 2018 en materia de trabajo⁴⁹, desde un enfoque de derechos humanos y de género, para poder determinar si aquéllos fueron elaborados a partir de la utilización del *gender mainstreaming*.

1.- Introducción

En el marco de un Estado, la posibilidad de darle implementación y cumplimiento a los derechos sociales depende, indefectiblemente, de que le sean asignados y ejecutados los recursos suficientes para su cumplimiento, siendo esto posible sólo si se asignan las partidas mediante la Ley de Presupuesto y si se da su debida ejecución (Antúnez, 2017: 476). De este modo, la Ley de Presupuesto se constituye como un eje central para el respeto y garantía de los derechos sociales (Antúnez, 2017: 476).

Sin embargo, como señala Dalile Antúnez (Universidad de Buenos Aires, ACIJ), las personas que se encuentran encargadas de crear, sancionar e implementar el presupuesto generalmente desconocen los principios y normativas de derechos humanos a la hora de tomar sus decisiones (Antúnez, 2017: 476), impidiendo así la efectiva garantía de los derechos sociales acorde a las obligaciones estatales contraídas a través de tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”). Ello, sobre todo, respecto a grupos históricamente discriminados como lo son las mujeres, que conforman ni más ni menos que más del cincuenta por ciento de la población mundial.

Sobre esta cuestión, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – órgano encargado de controlar el cumplimiento del PIDESC – ha señalado que el “sexo” como categoría prohibida no se limita a las características biológicas y fisiológicas. Por el contrario, dicho concepto incluye a los estereotipos, prejuicios y funciones que tomen como base al género que dificultan el ejercicio de los DESC por parte de las mujeres en igualdad con los varones (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015: párr. 20).

Dentro de los derechos sociales más vulnerados por cuestión de género

⁴⁹ Ver Pautassi, 2007a.

se halla, sin lugar a dudas, el derecho al trabajo. En efecto, el ámbito laboral aún se encuentra plagado de sesgos de género, incluso durante el proceso de contratación y ascenso. Ello se debe a que, conforme lo ha señalado Diana Maffía (Universidad de Buenos Aires), a lo largo de la historia las mujeres fueron segregadas del ámbito público, permitiéndoseles solamente desarrollarse en el ámbito privado a cargo de las tareas de reproducción (2013). De este modo, si bien gracias a los distintos movimientos feministas las mujeres han ido incorporándose en el ámbito público, no ha existido una redistribución de las tareas de reproducción – específicamente, de las labores de cuidado – lo cual termina por generar una doble carga laboral que afecta el derecho al trabajo de las mujeres (Maffía, 2013).

La discriminación existente en el ámbito público contra las mujeres ha sido abordada por el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, el órgano de control ha entendido que constituye discriminación “*asignar predominantemente empleos de bajo nivel o a tiempo parcial a mujeres por considerar, de forma estereotipada, que no están dispuestas a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre*” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015: párr. 20).

Consecuentemente, para garantizar los derechos sociales y, específicamente, el derecho al trabajo a las mujeres sin discriminación alguna es necesario tener presupuestos sensibles al género (Elson, 2003). Para lograrlo, resulta de importancia lo que es conocido como *gender mainstreaming*. El *gender mainstreaming* “*tiene como propósito integrar el interés en la igualdad de géneros en todas las políticas, programas, procedimientos administrativos y financieros y en el marco cultural de la institución u organización*” (PNUD, 2011: p. 78).

Así, ha sido definido por Naciones Unidas como: “[e]l proceso de examinar las implicaciones para mujeres y hombres de cualquier tipo de acción pública planificada, incluyendo legislación, políticas y programas, en cualquier área” (2015)⁵⁰. De este modo, el *gender mainstreaming* se concibe como una herramienta que integra las necesidades de varones y mujeres en la creación, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas en todos los ámbitos, tanto económicos como sociales y políticos (Naciones Unidas, 2015)⁵¹.

No quedan dudas de que la relación entre el *gender mainstreaming* y la elaboración de presupuestos sensibles al género (CEPAL, 2015; CEPAL, 2017) es sumamente estrecha, toda vez que “*el segundo es parte integrante del primero y ambos son complementarios en el intento de conseguir la igualdad de género*” (Lombardo, 2006: 9). Esta premisa implica que ya desde la base el presupuesto tiene que incluir un análisis tanto del gasto público como de los métodos que aumentan la renta pública, todo desde una perspectiva de género (Elson, 2003). Así, deben identificarse cuáles son los efectos que la ejecución del presupuesto tendría sobre las mujeres y niñas, en

⁵⁰ Citado en: Daeren, 2001:7 .

⁵¹ Citado en: Daeren, 2001:7 .

comparación de los varones y niños (Elson, 2003), siendo siempre la pregunta clave: “¿qué impacto tiene esta medida fiscal sobre la igualdad de género? ¿Reduce la igualdad de género; la aumenta; o la deja tal como está?” (Elson, 2003).

A la luz de lo expuesto, el presente trabajo tiene por finalidad analizar los presupuestos nacionales de Argentina, comprendidos entre los años 2015 y 2018 en materia de trabajo (Pautassi, 2007a), desde un enfoque de derechos humanos y de género, para poder determinar si aquéllos fueron elaborados a partir de la utilización del *gender mainstreaming*.

2.- Presupuestos sensibles al género

Doctrinarios como Owen Fiss (Yale University) y Roberto Saba (Universidad de Buenos Aires, Universidad de Palermo) han asentado que, si bien los tratados internacionales (como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1.1) recogen al principio de igualdad como “no discriminación”, dicha interpretación resulta insuficiente (Fiss, 1976; Saba, 2004). De este modo, tanto Fiss como Saba han determinado que debe observarse otra posible interpretación del principio convencional como “no sometimiento” o “no exclusión” (Fiss, 1976: 7; Saba, 2004). Esta forma de ver al principio de igualdad permite comprender la situación de vulnerabilidad histórica en la que se encuentra un grupo determinado como el de las mujeres (Fiss, 1976; Saba, 2004).

En consonancia con ello, Mónica Pinto (Universidad de Buenos Aires) ha señalado que cuando hablamos del principio de igualdad en relación a la mujer, “no se trata del enfoque de la igualdad del liberalismo clásico, de corte individualista, sino de una igualdad estructural, que incorpora datos históricos y sociales que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática” (2017: 51) a la que se encuentran sometidas. Ésta surge como consecuencia de una “actitud cultural”, tratándose de “desigualdades estructurales que deben ser superadas a partir de considerarse como un todo” (Pinto, 2017: 51). De este modo, Pinto aclara que no alcanza con analizar este tipo de discriminación bajo la óptica de igualdad como no discriminación, sino que, por el contrario, se requieren cambios estructurales a través de la adopción de políticas públicas (2017: 51).

Para lograr este tipo de políticas públicas que generen cambios estructurales, es necesario que se aplique el *gender mainstreaming* – o transversalidad de género – tanto en los procesos de planificación como de análisis (Daeren, 2001). Si bien los gobiernos en general se han comprometido a utilizar el *gender mainstreaming* con el objeto de alcanzar una igualdad de género, lo cierto es que sigue existiendo “una brecha entre las políticas y los modos en los cuales los gobiernos recaudan y gastan el dinero” (Elson, 2002: 1). Al respecto, la investigadora Diane Elson (Universidad de Essex) afirma que es justamente a través de los presupuestos sensibles al género que se puede eliminar las brechas existentes, “asegurando que los fondos públicos sean recaudados

y gastados de manera más efectiva? (2002: 1).

Sumado a ello, Elson ha señalado que si bien los presupuestos nacionales, como otras políticas económicas, han tendido a ser percibidas como neutrales al género (“gender-neutrality”) – al carecer de referencias específicas a mujeres o varones –, en realidad son ciegos al género (“gender-blindness”) (2001)⁵². Ello se debe al impacto diferenciado que tienen los gastos públicos en varones y mujeres, como resultado de los roles sociales de género que les son impuestos y que desarrollan en el ámbito económico (Elson, 2001).

Emanuela Lombardo (Universidad Complutense de Madrid) destaca que el *gender mainstreaming* y los presupuestos sensibles al género vienen a exponer “*la falsa neutralidad de género de las políticas públicas*” (2006: 1-2). Además, señala que – como parte de un mismo proceso – ambos se constituyen como una “*propuesta de transformación de la óptica con la que se enmarcan, aplican y evalúan las políticas con el objetivo de eliminar las discriminaciones existentes entre mujeres y hombres y de conseguir una sociedad de igualdad de género en cuanto a la valoración y el tratamiento de sus miembros*” (Lombardo, 2006: 1-2).

Lombardo explica que el *gender mainstreaming* pretende dejar de ver la realidad desde una perspectiva patriarcal, incorporando al género dentro de la agenda política principal y excluyendo al modelo masculino (2006: 3-4). Así, en su argumento brinda un ejemplo muy clarificador que resulta oportuno citar textualmente para terminar de comprender la esencia del *gender mainstreaming*:

“Es una manera diferente de observar la realidad, que implica quitarse las ‘gafas deformantes de la desigualdad’ que hemos utilizado hasta fecha para formular, poner en práctica y evaluar las políticas públicas. Al estar oscurecidas por la sociedad patriarcal, las ‘gafas deformantes’ que solemos llevar no nos permiten ver nítidamente cuales son y donde están las discriminaciones de género y como podemos superarlas. El mainstreaming requiere en cambio que adoptemos unas ‘gafas de la igualdad’, que nos hagan más conscientes de los prejuicios y estereotipos de género, y nos permitan individuar más claramente donde están las desigualdades entre mujeres y hombres y como podemos actuar para eliminarlas.” (Lombardo, 2006: 3-4).

En definitiva, como desarrolla Elson, las propuestas relativas a los presupuestos sensibles al género no buscan que se produzcan presupuestos separados para las mujeres. Por el contrario, proponen “*analizar cualquier forma de gasto público o mecanismo de recaudación de fondos públicos desde una perspectiva de género, identificando las consecuencias e impactos en las mujeres y las niñas en relación con los hombres y los niños*” (Elson, 2002: 2).

En este mismo sentido, Rhonda Sharp (University of South Australia) ha

⁵²⁴ Citada en: Sarraf, 2006: 5.

destacado que los compromisos de un gobierno en materia de igualdad de género y de empoderamiento de las mujeres sólo pueden pasar de las promesas escritas a los hechos a través de los presupuestos (2007). Consecuentemente, las estrategias planteadas deben orientarse a cambiar los procesos mediante los cuales se realizan los presupuestos con el objetivo de que se logre modificar la existente desigualdad entre mujeres y varones en lo referido a los ingresos, el poder de toma de decisiones y las responsabilidades sociales relativas al cuidado (Sharp, 2007).

Al respecto, una cuestión central en materia de presupuestos sensibles al género es su propósito de mejorar los resultados relativos a la igualdad de género y al empoderamiento de las mujeres, haciendo foco, por ejemplo, en el rol que ocupa el trabajo no remunerado en la economía y, específicamente, en lo referido a la desproporcionada responsabilidad que acarrean las mujeres por ese tipo de labor (Sharp, 2007). Sobre este punto en particular nos pronunciaremos a continuación.

3.- Análisis de los presupuestos nacionales en materia de trabajo

En las últimas décadas, los Ministerios de Trabajo de los Estados americanos han ido adoptando políticas específicas para la promoción de la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres (Daeren, 2001). Junto con ello, la tarea realizada por la sociedad civil y los espacios académicos se han encargado de visibilizar la exclusión y la discriminación sufrida por las mujeres en el ámbito laboral, lo cual ha permitido el avance en propuestas de soluciones concretas (Daeren, 2001).

Lieve Daeren, experta del Proyecto CEPAL-GTZ “Institucionalización del Enfoque de Género en la CEPAL y en Ministerios Sectoriales”, explica que la economía y la sociedad están atravesando cambios de transición hacia nuevos modelos de organización en el marco de un mundo “*altamente tecnológico, ‘globalizado’ y heterogéneo*” (2001). Estos avances responden a los cambios generados en las constituciones y legislaciones nacionales que intentan romper con la histórica discriminación a la que se han visto sometidas las mujeres, incluso a través del ordenamiento normativo (Daeren, 2001).

En efecto, en materia de trabajo, la normativa laboral se generó en un comienzo a partir de la idea del varón trabajador, encargado de las tareas de producción y de ser el proveedor económico del grupo familiar, invisibilizando las tareas realizadas por las mujeres (Daeren, 2001: 26). Sobre esta cuestión Daeren explica que:

“Las primeras normas y legislaciones laborales reforzaban la norma social que decía que el sitio de la mujer “decente” estaba en el hogar y que la mujer que “necesitaba” trabajar precisaba de medidas de protección para salvaguardar su integridad moral y su capacidad de ser – por sobre todo – madre-esposa, cuidadora del hogar y de sus

integrantes” (Daeren, 2001: 26).

En cambio, en los últimos años ha comenzado a gestarse “*el reconocimiento de que la situación de mujeres y hombres en el empleo debe estar basado en la plena igualdad de oportunidades y de trato para ambos en todos los ámbitos del desenvolvimiento humano*” (Daeren, 2001: 26). Ello ha conllevado a que no sólo se repiense la condición jurídica de las mujeres, sino también cuál es el rol que ocupa en la sociedad y en la contribución al ámbito económico (Daeren, 2001: 26). No obstante, tales alcances no han logrado proyectarse en la realidad, existiendo todavía una desigualdad “de hecho” a pesar de la igualdad formal que se ve plasmada en los ordenamientos normativos (Daeren, 2001: 26).

Las diferencias entre varones y mujeres en el ámbito laboral se ven agravadas por los roles sociales de género impuestos a las mujeres en lo relativo al derecho al cuidado (Daeren, 2001). Así, las mujeres acarrean con la responsabilidad de brindar “servicios de cuidado” de manera “*altruista y gratuita como si fuera únicamente una condición biológica femenina y no una responsabilidad social compartida*”, generando que las mujeres que logran insertarse en el ámbito laboral lo hagan en “*condiciones segregadas y desiguales*” (Daeren, 2001: 28).

Sobre este punto debe destacarse lo señalado por Lourdes Benería (University of Cornell) en cuanto a la conversión de parte del trabajo reproductivo en trabajo remunerado como consecuencia de la mercantilización de la economía y del aumento del ingreso de las familias, situación que sigue reproduciendo estereotipos de género que afectan a las mujeres (2006). Benería expone que muchas tareas reproductivas han ido transfiriéndose del ámbito privado al ámbito público (ejemplo de ello son las guarderías infantiles) y que dichas actividades generalmente se encuentran a cargo de mujeres. Si bien es cierto que en estos casos las labores son remuneradas (a diferencia de las tareas reproductivas en el ámbito privado) “*no dejan de ser trabajo ‘reproductivo’ puesto que contribuyen al mantenimiento de la fuerza de trabajo y a la reproducción social*” (Benería, 2006: 10).

Ahora bien, ¿cuál es la situación específica de las mujeres en Argentina en relación al derecho al trabajo? La investigadora Laura Pautassi (CONICET) ha reiterado en sus trabajos la carencia de políticas públicas efectivas que combatan la brecha entre varones y mujeres en el ámbito laboral (2007b). Ello, conforme lo exployado *supra*, se da como consecuencia de la no aplicación del *gender mainstreaming* a la hora de realizar los presupuestos nacionales.

Sobre esta cuestión en particular, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), que se dedica – entre distintos ejes – al análisis de los presupuestos nacionales desde un enfoque de derechos humanos, y el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) han podido exponer las falencias de la producción pre-

supuestaria argentina en lo que se refiere a la aplicación del *gender mainstreaming*⁵³, incluyendo la falta de claridad en cuanto a las partidas presupuestarias que se otorgan a ciertos programas específicos para cuestiones laborales (como la Oficina de Asesoramiento de Violencia Laboral y la Comisión para el Trabajo con Igualdad de Oportunidades⁵⁴).

En este contexto, a partir del análisis directo de los presupuestos nacionales comprendidos entre los años 2015 y 2018 relativos al entonces Ministerio de Trabajo puede observarse la falta del *gender mainstreaming*⁵⁵. En efecto, en el presupuesto del año 2015, si bien se plantea como uno de los principios el de lograr la inserción laboral de las mujeres, éstas son tenidas en cuenta como un grupo más de los que presentan obstáculos en el ámbito del trabajo, como los jóvenes y las personas mayores de edad. En otras palabras, el ser mujer no es planteado como una cuestión transversal sino como una variable más entre varias otras.

Asimismo, en el programa N° 20 “Formulación y regulación de la política laboral” se habla de buscar la igualdad entre varones y mujeres pero, acto seguido, hace referencia a la protección de la maternidad sin siquiera ahondar en su alcance ni mencionar el derecho a la paternidad de los varones. El mismo planteo se hizo luego en los presupuesto de los años 2017 y 2018.

Luego, mientras el presupuesto del año 2016 directamente no hace referencia alguna a las mujeres ni al género como pauta de análisis, el del 2018 (si bien habla de la protección a la maternidad en los términos expuestos *supra*) incorpora algunas modificaciones respecto a los presupuestos del 2015 y 2017. Así, el presupuesto de 2018 incluye en el marco de los objetivos en materia de empleo a las políticas de género. Ahora, si bien esta es una nueva herramienta que podría ser de utilidad, no especifica más información sobre este punto y tampoco puede observarse en el resto del presupuesto que se haya aplicado la perspectiva de género como eje transversal de análisis. Por el contrario, sólo podemos encontrar unos pocos puntos aislados que hacen referencia al tema.

4.- Conclusiones

Conforme lo señalado en estas páginas, puede llegarse a la conclusión de que la aplicación del *gender mainstreaming* resulta de carácter esencial para alcanzar una igualdad de hecho entre varones y mujeres. La necesidad de aplicar el *gender*

⁵³ Material de difusión de consulta: ELA ACIJ (2017 y 2018).

⁵⁴ Ver nota presentada a la Cámara de Diputados de la Nación el 31 de octubre de 2016 por organizaciones de la sociedad civil (entre ellas ACIJ y ELA) requiriendo mayor información ante la falta de claridad en el presupuesto nacional.

⁵⁵ Leyes Nacionales de Presupuesto de Argentina (2015-2018). Disponibles en: <https://www.minhacienda.gob.ar/onp/presupuestos/presupuestos> (07/06/2019).

mainstreaming incluye a la confección de los presupuestos nacionales que son los que, a fin de cuentas, terminan dando vida a las políticas públicas a través de las cuales puede lograrse esa igualdad *de facto* a la que hacemos referencia.

No obstante ello, los Estados – y, en particular, el Estado argentino – siguen actuando de forma reticente a la hora de elaborar sus presupuestos nacionales. En efecto, ello puede corroborarse a partir del análisis de los presupuestos relativos al Ministerio de Trabajo y la falta de las “gafas de la igualdad” a las que hacía referencia Lombardo en el fragmento citado *ut supra*. Ello genera, en consecuencia, una falta de políticas públicas que tengan por principal objetivo la efectiva la inserción, permanencia y ascenso de las mujeres en el ámbito de trabajo.

En suma, la situación actual en materia de presupuestos sensibles al género no resulta favorable en lo referido al derecho al trabajo de las mujeres. Resta esperar que la labor realizada por la sociedad civil genere la presión necesaria sobre el Estado para que se dé marcha a la aplicación del *gender mainstreaming* en la elaboración de los presupuestos relativos al trabajo para lograr una redistribución de las tareas de cuidado y una igual posibilidad para las mujeres de acceder, permanecer y ascender en sus ámbitos laborales..

Bibliografía

Antúnez, D. (2017), “Presupuesto y derechos económicos, sociales y culturales. Especial referencia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *Revista Institucional de la Defensa pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año 7, Número 11, pp. 474-493.

Benería, L. (2006), “Trabajo reproductivo/productivo, pobreza y políticas de conciliación”, en *Nómada*, Universidad Central, Bogotá, N°24, pp. 8-21.

CEPAL (2015), *Informe regional sobre el examen y evaluación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y el documento final del vigesimotercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General en los países de América Latina y el Caribe*, CEPAL, División de Asuntos de Género, Santiago de Chile.

CEPAL (2017), *Planes de igualdad de género en América Latina y el Caribe: mapas de ruta para el desarrollo*. Naciones Unidas, Santiago de Chile.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2015), *Observación General No. 20*.

Daeren, L (2001), “Enfoque de Género en la política económica y laboral”, en *Serie Mujer y Desarrollo*, CEPAL, Santiago de Chile, N°29, pp. 7-86.

Elson, D. (2001), “Gender-Responsive Budget Initiatives: Some Key Dimensions

and Practical Examples”, ponencia presentada en la Conferencia *Gender-Responsive Budgeting* organizada por UNIFEM, OECD y el Consejo Nórdico.

Elson, D. (2002), “Iniciativas de Presupuestos Sensibles al Género: Dimensiones Claves y Ejemplos Prácticos”, ponencia presentada en el Seminario *Enfoque de género en los presupuestos*, organizado por Gobierno de Chile (Sernam y Ministerio de Hacienda), PNUD, CEPAL, Unifem, GTZ.

Elson, D. (2003), “Gender mainstreaming and gender budgeting”, ponencia presentada en el Congreso *Gender equality and Europe’s future*. Bruselas, Comisión Europea.

Fiss, O. (1976), “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 5, N°2, pp. 107-177.

Leyes Nacionales de Presupuesto de Argentina (2015-2018). Disponibles en: <https://www.minhacienda.gov.ar/onp/presupuestos/presupuestos>

Lombardo, E. (2006), “Mainstreaming, evaluación de impacto y presupuesto de género: conceptos y criterios” en de la Fuente Vásquez, M. y Ortiz, L, *Presupuestos locales en perspectiva de género*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, pp. 85-116.

Maffía, D. (2013), “Mujeres públicas, Mujeres privadas”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N°4, pp. 21-27.

Naciones Unidas (1997), Incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de Naciones Unidas, Informe del Secretario general (E/1997/66), período de sesiones sustantivo de 1997, Ginebra, Consejo Económico y Social, 20 de junio a 25 de julio.

Pautassi, L. (2007a), “¿Igualdad en la desigualdad? Alcances y límites de las acciones afirmativas”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Red Universitaria de Derechos Humanos, San Pablo, Brasil, N° 6, (<http://www.surjournal.org>).

Pautassi, L. (2007b), *¡Cuánto trabajo mujer! El género y las relaciones laborales*. Capital Intelectual, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

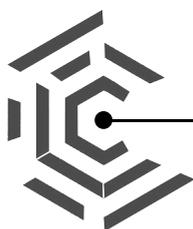
Pautassi, L. (2007c), *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, CEPAL, Santiago de Chile.

Pinto, M. (2017), “Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Pensar en Derecho*, N°9, pp. 49-72.

PNUD. (2011), *Políticas de igualdad, equidad y gender mainstreaming. ¿De qué estamos hablando?: marco conceptual. Edición revisada y actualizada*. Naciones Unidas, San Salva

Sharp, R. (2007), “Financing gender equality and the empowerment of women”, trabajo presentado en *Commission on the Status of Women*, ONU.

Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos: La importancia de la no regresividad



Costabel, Lucas Ezequiel y Leiva Federico Augusto

(UNS)

Resumen:

Entendiendo que son indispensables para que las personas puedan alcanzar un nivel de vida digno, en las últimas décadas se ha avanzado considerablemente en el reconocimiento normativo de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Sin embargo, amparándose en la falta de recursos necesarios para implementar políticas públicas adecuadas, los Estados han continuado violando muchos de estos derechos. Como resultado, se ha generado un incremento en las demandas judiciales hacia el Estado por el reconocimiento y cumplimiento de los DESCAs, atravesando el ámbito doméstico y desembocando en instancias internacionales. Específicamente en el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mantuvo históricamente una postura restrictiva a la hora de interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) respecto a la justiciabilidad de los DESCAs. No obstante, en las últimas sentencias ha modificado su criterio, defendiendo una postura amplia donde reconoce la justiciabilidad directa de los mismo. Esta nueva interpretación resulta beneficiosa en muchos aspectos, sin embargo, parece haber abandonado por completo un elemento central en la protección de este conjunto de derechos, la obligación específica que tienen los Estados de no adoptar medidas regresivas. En esta línea, este trabajo propone analizar la jurisprudencia pertinente y reincorporar al debate la

prohibición que tienen los Estados de adoptar medidas regresivas cuando diseñan y ejecutan políticas públicas en las cuales se ven involucrados Derechos Humanos.

1.- Introducción

Producto del amplio espectro de impacto que tienen en la vida de las personas, los DESC se han convertido en el objeto de protección de múltiples instrumentos internacionales (tratados, declaraciones, recomendaciones, protocolos, etc). Este conjunto de diversos derechos se caracteriza por su dinamismo, ya que conforme el desarrollo mismo de la sociedad, se incorporan normativamente nuevos derechos y se amplía el contenido de los ya existentes, logrando encuadrar distintos marcos fácticos que sirven de causa para su reconocimiento. Un claro ejemplo de esto se puede ver en la incorporación a este conjunto de los Derechos Ambientales, lo que explica por qué hasta hace poco los instrumentos internacionales solían referir a DESC, y ahora refieren a DESC.

2.- El reconocimiento universal

En el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) hay varios Tratados que reconocen entre sus artículos este tipo de derechos. El más importantes que incorpora a los DESC es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión, el 16 de diciembre de 1966, junto con su Protocolo Opcional, adoptado el 10 de diciembre de 2008. En el primero se consagran los derechos, mientras que el segundo instrumento, habilita al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) a recibir peticiones individuales.

El Comité DESC es el órgano encargado del control y recepción de peticiones individuales, así como también de emitir informes y observaciones generales. Las observaciones generales desarrollan la interpretación que el Comité DESC hace de los derechos reconocidos en el PIDESC, y establecen estándares que deben seguir los Estados para el cumplimiento de los mismos. Merecen destacarse la N°3 (La índole de las obligaciones de los Estados Partes, primer párrafo del artículo 2), la N°4 (El derecho a una vivienda adecuada, primer párrafo del artículo 11), la N°15 (El derecho al agua, artículos 11 y 12), la N°18, (El derecho al trabajo, artículo 6), y la N°21 (Derecho de toda persona a participar en la vida cultural, primer párrafo del artículo 15).

3.- El reconocimiento interamericano

3.1 La Convención Americana de Derechos Humanos

La CADH es el Tratado más importante en materia de Derechos Humanos del que dispone el sistema interamericano. Suscripta el 22 de noviembre de 1969, dispuso la creación de la Corte IDH, órgano judicial encargado de juzgar sobre la responsabilidad internacional de los Estados parte por la violación a los Derechos Humanos allí contenidos. En ella, la referencia a los DESCAs la encontramos en el capítulo 3, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, el cual consta únicamente del artículo 26, titulado “Desarrollo progresivo”. La redacción del mismo resulta particular, al no enfocarse desde los derechos que pretende reconocer, como sí lo hace en el resto de la CADH, sino desde una obligación particular que se impone hacia los Estados parte. El artículo dispone lo siguiente:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados

3.2- El Protocolo de San Salvador

Adoptado el 17 de noviembre de 1988, este Protocolo adicional a la CADH, extiende el reconocimiento normativo de los DESCAs en el sistema interamericano, consagrando y detallando específicamente el derecho al trabajo, a la sindicalización, a la seguridad social, a la salud, al medioambiente sano, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la familia, a la niñez, a la protección de los ancianos y a la protección de los minusválidos. Asimismo, reafirma el principio de indivisibilidad propio de los Derechos Humanos, al disponer en su preámbulo como uno de los fundamentos:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otro,

Finalmente, el Protocolo establece tres mecanismos de protección para los DESCAs allí reconocidos. El primero de ellos es la presentación de informes periódicos que deben realizar y elevar los estados a la Secretaría General de la Organi-

zación de los Estados Americanos (OEA). El segundo es la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado en la CADH, siempre que se trate del derecho a la sindicalización o a la educación. Por último, se prevé que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) pueda formular observaciones y recomendaciones teniendo en cuenta la obligación de desarrollo progresivo que recae sobre los Estados para la protección de este conjunto de derechos.

4.- El reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte IDH

4.1- Antecedentes históricos

Históricamente han existido distintas posturas respecto a la interpretación que debe hacerse del artículo 26 de la CADH. Producto de que fue incorporado en un capítulo separado de los derechos civiles y políticos, así como de la forma particular en la que está redactado, donde no menciona derechos subjetivos en particular, sino que remite a la Carta de la OEA, la doctrina ha discutido a la hora de definir las obligaciones que se derivan del mencionado artículo, y consecuentemente la competencia de la Corte IDH para juzgar a los Estados parte respecto a su incumplimiento. Las principales discusiones versaban en primer lugar sobre si la Corte IDH era competente para juzgar la responsabilidad de los Estados cuando se vieran afectados DESCA y el Estado no hubiera tomado las medidas adecuadas (desarrollo progresivo), o únicamente cuando tomaban medidas, pero éstas eran restrictivas (no regresividad). En segundo lugar, sobre si la afectación debía darse a la población general del Estado, o si por el contrario podía darse también cuando se viera afectada una persona o un grupo de personas. En tercer lugar, cuáles eran los derechos efectivamente allí reconocidos.

Por su parte, la Corte IDH, encargada de interpretar la CADH, se mantuvo ausente de la discusión hasta que por fin dedicó sus primeros párrafos al artículo 26 en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” del año 2003. En este caso se alegaba que el Estado del Perú había adoptado medidas de carácter regresivo en relación con el derecho a la seguridad social. Una vez agotado el procedimiento ante la Comisión IDH, la misma elevó el caso ante la Corte IDH, y en su petitorio, incluyó un reclamo específico fundado en el artículo 26. El planteo ofrecía a la Corte IDH la posibilidad concreta de sentar jurisprudencia sobre la prohibición de regresividad en materia de DESCA allí contenida. No obstante, la Corte IDH desechó el agravio a partir de las siguientes reflexiones:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del

derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

Luego, en el caso “Acevedo Buendía y otros vs. Perú” del año 2009, la Corte IDH avanza en la interpretación del artículo 26 y acude a la doctrina del Comité DESC para ofrecer alguna guía interpretativa sobre el alcance de la noción de “desarrollo progresivo”. En dicho fallo, la Corte IDH afirma que la plena efectividad de los DESC no puede lograrse en un breve período de tiempo, y que la evaluación que se haga de las medidas y políticas que toman los Estados para cumplir con sus obligaciones requieren la flexibilidad necesaria para poder reflejar las realidades del mundo y las dificultades que enfrenta cada país. La Corte IDH afirmó que las medidas regresivas que tome un Estado resultan justiciables cuando se tratan de DESC, pero en el caso concreto, consideró que el planteo no se correspondía con la plataforma fáctica que era materia de controversia y por lo tanto no encontró responsable a Perú por la violación a los derechos consagrados en el artículo 26.

El primer caso evidencia una postura restringida de la Corte IDH a la hora de determinar la responsabilidad de los Estados por la violación a los DESC protegidos en el artículo 26 de la CADH. Requerir que la afectación sea colectiva pareciera excesivo para la real protección de los Derechos Humanos. En el segundo caso la Corte IDH entiende que en referencia a los DESC existen dos obligaciones, la obligación de desarrollo progresivo, y la obligación de no regresividad. Sin embargo, más allá del avance teórico, en los hechos del caso no encontró que el Estado fuera responsable.

4.2- Cambio de paradigma

La Corte IDH continuó sin encontrar violados los derechos consagrados en el artículo 26 de la CADH hasta el caso “Lagos del Campo vs. Perú” del año 2017. Este caso fue el primero en el que la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional de un Estado por la violación directa a un derecho protegido en el artículo 26 de la CADH y representó un cambio total en la manera de interpretar la responsabilidad internacional por la violación a los DESC en el sistema interamericano.

En la parte pertinente, la Corte IDH reiteró la interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos y tomó los argumentos centrales que había utilizado el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor durante su voto concurrente en el caso “Suárez Peralta vs. Ecuador” del año 2013, para desarrollar su sentencia. En el entendimiento de la propia Corte IDH, a través del artículo 26, ella es competente para entender la violación a los derechos laborales consagrados en la Carta de la OEA, los cuales no pueden interpretarse sin tener en consideración la Declaración

Americana de Derechos Humanos (encargada de definir los Derechos Humanos contenidos en ella), así como todo un vasto corpus iuris compuesto por instrumentos internacionales como el PIDESC y la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH), entre otros. Con esto en mente, y luego de un extenso análisis, la Corte IDH concluyó que con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, Perú era responsable internacionalmente por la violación al derecho a la estabilidad laboral y a la libertad de asociación protegidos en el artículo 26 de la CADH

Esta postura se vería afirmada meses más tarde en el caso “PetroPerú y otros vs. Perú” del año 2017, donde en sintonía con el fallo anterior, la Corte IDH volvería a encontrar responsable internacionalmente a Perú por la violación directa del derecho al trabajo consagrado en el artículo 26 de la CADH.

4.3- Críticas a la postura actual

Si bien no hay dudas de que este avance es tanto significativo como positivo para garantizar una real protección de los DESCAs en el sistema interamericano, si se tiene en cuenta el desarrollo histórico, la postura de la Corte IDH que se materializa en estos casos no parece satisfacer cierta lógica argumentativa. Quizá por esto, aunque celebradas por muchos sectores, las decisiones tomadas por la Corte IDH en estas sentencias no quedaron exentas de críticas. Internamente la crítica más fuerte fue elaborada por dos de los propios jueces de la Corte IDH, los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto, quienes manifestando mediante voto separado su disidencia en ambas sentencias, acusaron al voto mayoritario de reescribir la CADH a su voluntad. También parte de la doctrina (Cerqueira, 2018), expresó su preocupación al advertir que la Corte IDH estaba entrando en contradicción con lo que ella misma había afirmado anteriormente.

Las críticas realizadas por los jueces de la Corte IDH alegaban que la interpretación hecha por el voto mayoritario no se correspondía con lo que expresamente señala la propia CADH. En primer lugar, porque el artículo 26 no contiene una serie de derechos subjetivos, sino derechos programáticos, que quedan por fuera de la competencia de la Corte IDH. En segundo lugar, porque los Estados parte, como puede concluirse de los trabajos preparativos, así como de la propia redacción del artículo 26, no pretendían obligarse frente a los DESCAs, y como Tratado internacional, la CADH debe interpretarse a la luz de la Convención de Viena de 1969, por lo que cabe atribuir especial atención a la voluntad soberana de los Estados al momento de someterse a sus obligaciones. En tercer lugar, criticaron la liviandad con la que el voto mayoritario realizó la construcción del corpus iuris mediante el cual justificó la inclusión de los derechos afectados en el artículo 26.

La crítica que afirma que existía una contradicción interpretativa en la ju-

risprudencia de la Corte IDH, por su parte, sostiene que el análisis hecho por la Corte IDH en los casos anteriores, afirmaba la justiciabilidad directa de los DESCAs desde la entrada misma en vigencia de CADH, mientras que la nueva interpretación de la Corte IDH afirma que uno de los elementos interpretativos fue el carácter evolutivo de los Tratados internacionales, al entenderlos como cuerpos vivos cuya interpretación tiene que acompañar los tiempos y las condiciones de vida actuales. Consecuentemente, la Corte IDH incurre en un error de razonamiento al afirmar dos premisas que resultan incompatibles entre sí.

5.- La importancia de la no regresividad

La Corte IDH ha utilizado estos fallos para imponer un cambio de paradigma en la protección de los DESCAs en el sistema interamericano. No obstante, y más allá de las críticas que puedan hacerse a la construcción teórica que le permitió derivar la justiciabilidad directa del artículo 26, existe un punto más a tener en cuenta, más de tinte político que jurídico, referido a la forma. En su afán de avanzar en el desarrollo de estos derechos, la Corte IDH centró su exposición en argumentar cómo podemos determinar los derechos que están incluidos en el artículo 26, pero perdió la oportunidad de fijar estándares claros respecto a las obligaciones allí contenidas, especialmente la obligación que prohíbe a los Estados tomar medidas regresivas. Si la Corte IDH pretende abrir el juego del artículo 26 e interpretarlo mediante un vasto corpus iuris para encontrar allí toda una serie de DESCAs protegidos y poder entonces determinar la responsabilidad internacional de los Estados por la vulneración de ellos, resulta de trascendental importancia que la propia Corte IDH elabore aquellos estándares que deben cumplir los Estados para no vulnerarlos. De otra manera, se rompe la seguridad jurídica y la subsidiariedad del sistema interamericano, ya que los Estados quedan en una exposición constante frente a las interpretaciones futuras de la Corte IDH.

Como fuera mencionado previamente, la Comisión IDH tiene la facultad de realizar observaciones y recomendaciones ateniendo a la progresividad y no regresividad de las medidas estatales previstas en el Protocolo de San Salvador. Por eso, si la Corte IDH también pretende evaluar a los Estados en el cumplimiento de estas obligaciones, debería primero facilitar aquellas reglas que deben cumplir para no caer en responsabilidad internacional. El artículo 26 establece la obligación de los Estados de tomar medidas progresivas, lo que incluye la obligación de no tomar medidas regresivas. Sin embargo, los derechos no son absolutos, y las medidas tomadas por los Estados pueden o no ser razonables dependiendo de las circunstancias del caso. La Corte IDH perdió la oportunidad de entregar a los Estados herramientas a la hora de diseñar y ejecutar políticas públicas que les permitan respetar y garantizar los Derechos Humanos.

El amplio espectro de impacto que tienen los DESCAs en la vida de las personas deriva en una multiplicidad de escenarios fácticos y legales donde pueden verse vulnerados. Esto, sumado a que en muchos Estados existen sectores en situación de vulnerabilidad y violación constante a sus derechos, resulta en la necesidad de que las medidas reparatorias tomadas por los órganos judiciales se orienten a transformar las redes policéntricas de conflictos, brindando orientación en las medidas adecuadas que deben ser tomadas por los Estados para proteger a las personas bajo su jurisdicción.

El cumplimiento del desarrollo progresivo de los DESCAs es particularmente dificultoso para los Estados, quienes muchas veces no disponen de los recursos necesario para afrontar de manera integral los problemas que existen en sus jurisdicciones. También es un desafío para los órganos de control, quienes de manera gradual tratan de demarcar guías de conducta que deben llevar adelante los propios Estados, pero que generalmente carecen de la competencia o de la legitimidad necesaria para acusarlos de su incumplimiento. Una situación diferente acarrea la segunda obligación contenida en el artículo 26, la que prohíbe tomar medidas regresivas, ya que permite un mayor análisis y control a las conductas de los Estados. Por eso se reitera la importancia de que se fijen estándares o parámetros que deban cumplir los Estados para no tomar medidas irrazonablemente restrictivas, dando oportunidades reales a los Estados de ser respetuosos con los Derechos Humanos y a los órganos judiciales a evaluar sus medidas.

En esta línea, en el año 2007, el Comité DESC estableció ciertas consideraciones que pueden utilizarse como criterios objetivos al analizar si las medidas regresivas tomadas por un Estado y justificadas por la limitación de sus recursos, resultan razonables y adecuadas. Los criterios señalados por el Comité son: a) El nivel de desarrollo del país; b) La gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) La situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) La existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone, por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) Si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo; f) Si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto.

A su vez, en el sistema interamericano, encontramos el trabajo de la Comisión IDH titulado “*Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, del año 2008, en donde se exponen una serie de lineamientos para la evaluación y el monitoreo de los DESCAs. La herramienta es de particular utilidad al brindar tanto a los Estados, como a los demás

órganos del sistema interamericano y a la sociedad civil una herramienta que sirva para la evaluación permanente interna de cada Estado, de modo que puedan analizar sus propias conductas.

Estos ejemplos muestran cómo se pueden desarrollar ciertos parámetros objetivos que sirvan para determinar si un Estado cumple con los estándares de Derechos Humanos en el diseño y ejecución de sus políticas públicas. En caso de incumplimiento, la Corte IDH con base en dichos estándares, podría construir sus sentencias determinando la responsabilidad internacional de un Estado por el incumplimiento de la obligación comprendida en el artículo 26 de la CADH que prohíbe tomar medidas irrazonablemente restrictivas.

6.- Conclusión

El avance jurisprudencial realizado por la Corte IDH en los fallos “Lagos del Campo vs. Perú” y “PetroPerú y otros vs. Perú” que determinó la justiciabilidad directa de los DESCAs mediante el artículo 26 era necesario para que el sistema interamericano pueda proteger de manera integral los Derechos Humanos. La indivisibilidad e interdependencia son características fundamentales que imponen entender a los Derechos Humanos sin jerarquías y en igual nivel de protección. Es cierto que la construcción argumental consolidada no quedó exenta de críticas y deberá necesariamente robustecerse en próximas sentencias, pero el camino iniciado parece prometedor. No obstante, el artículo 26 de la CADH aún tiene mucho para decir, y la Corte IDH es la encargada de continuar interpretándolo a la luz de los nuevos tiempos y a fin de garantizar una real protección. Enfatizamos en que la obligación de no regresividad debe volver a jugar un papel preponderante en el análisis de los casos, brindando herramientas a los Estados que les permitan generar políticas públicas sólidas y respetuosas de los Derechos Humanos. Como fuera expuesto previamente, el carácter dinámico propio de ellos, mantiene a los DESCAs en constante evolución, y esto exigirá a la Corte IDH el mejor de sus trabajos y la mejor de sus interpretaciones.

Bibliografía

Cerqueira, Daniel, (2006) Sobre la necesidad de llenar los vacíos argumentativos de la sentencia Lagos del Campo vs. Perú, *DPLF Blog*, disponible en <https://bit.ly/2KSr2Hq>.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2007), Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del pacto”, Consejo Económico y

Social, Naciones Unidas, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, disponible en <https://bit.ly/35yFGxj>.

Comisión IDH (2018), “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, OEA/Ser.L/V/II.132, 18 de julio de 2008.

Jurisprudencia de la Corte IDH

Corte IDH, Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

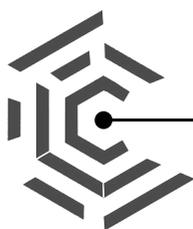
Corte IDH, Caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú. Sentencia de 23 de noviembre de 2017.

Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“cesantes y jubilados de la contraloría”) vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009.

Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

El mito de la buena víctima.

Hacia la construcción interdisciplinaria de la perspectiva de género en los operadores jurídicos en pos de la eficacia de la normativa protectora de las mujeres. Análisis de la sentencia del caso Lucía Pérez Montero a la luz de los Derechos Humanos



Moira Goldenbörn

Resumen:

En el presente artículo planteamos la necesidad de incorporar la perspectiva de género en los operadores jurídicos, no sólo en la visión de les jueces/as sino también de fiscales y defensores, dotando así de eficacia al plexo normativo que protege a las mujeres en las diferentes situaciones de vulnerabilidad que atraviesan en el patriarcado, ello así pues la ausencia de perspectiva de género en los procesos judiciales constituye una grave violación a los derechos humanos de las mujeres en relación al acceso a la justicia.

Para configurar nuestro enfoque, tendiente a dar cuenta de la ausencia o insuficiencia de perspectiva de género en la administración de justicia y lo urgente de su inclusión, recurrimos a textos de Alda Facio, Carole Pateman, Frances Olsen, Susan Estrich, Isabel Cristina Jaramillo, Rita Segato, Diana Maffía, y al Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género elaborado por Natalia Ghirardi, entre otros, a fin de lograr una adecuada contextualización de los delitos sexuales contra las mujeres y su juzgamiento, en general; y del caso que nos aboca, en particular.

Desde el marco teórico propuesto, orientado por el realismo jurídico y recurriendo también a herramientas y lenguaje propios de otras ciencias sociales, analizaremos, en ese contexto particular de los delitos sexuales contra las mujeres, los estereotipos problemáticos que se plasman en la sentencia del juicio por la muerte de Lucía Pérez Montero ocurrida en Mar del Plata, Argentina, a comienzos de Octubre de 2016, aportando luz sobre el entramado de poder que esconden y que se evidencia en el análisis interseccional sobre la persona de Lucía y las circunstancias de su muerte.

Finalmente, mencionaremos el rol de los medios de comunicación y su injerencia como factor de poder que influye en las sentencias judiciales al contribuir en la creación, difusión y sostenimiento de los estereotipos de género.

1.- Introducción: Derecho y Moral Sexual: Un devenir de estereotipos.

Al momento de considerar el fallo referido a la muerte de Lucía Pérez Montero⁵⁶, a la luz de los estudios críticos del Derecho (Olsen, Frances; Pateman, Carol; MacKinnon, Catharine A.; Jaramillo, Isabel C.; Dworkin, Ronald) y desde la óptica del realismo jurídico (Estrich, Susan; Llewellyn, Karl N.) encontramos una serie de elementos ideológicos interseccionales que resultan útiles para comprender la forma en que el sistema judicial trata a las mujeres, y que estos criterios ideológicos aparecen no sólo en las sentencias al concluir un caso sino que también son empleados todo a lo largo de los procesos judiciales, desde el momento de recibir denuncias o demandas, y a la hora de efectuar pericias y emitir resoluciones. Si bien en este artículo vamos a considerar únicamente el fallo mentado, dejamos abierto el planteo para desarrollar en posteriores estudios.

A fin de contextualizar el análisis en la realidad y, el sistema jurídico latinoamericano y argentino, ya que las teóricas y teóricos seleccionados se abocan al sistema del Common Law, decidimos incluir enfoques latinoamericanos de otras ciencias sociales. Así, la sociología, la antropología y la filosofía, completan los postulados en el campo de la ciencia jurídica, al explicar la forma en que los elementos ideológicos interseccionales se entrelazan, dando forma a una suerte de red patriarcal en la que las mujeres quedamos contenidas, puesto que esta trama de control social patriarcal sigue existiendo pese a la derogación expresa de algunas instituciones patriarcales que nuestro Derecho consagró y a la vigencia de leyes antidiscriminatorias y de protección para las mujeres.

⁵⁶ Tribunal en lo Criminal N°1 de Mar del Plata, Causa N°4974, “FARIAS, Matías Gabriel- MACIEL, Alejandro Alberto- OFFIDANI, Juan Pablo s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad- abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio- encubrimiento a gravado por la gravedad del hecho precedente”, 26/11/18.

Estos elementos ideológicos interseccionales no son otra cosa que el origen de los estereotipos de género, de clase, culturales y raciales, presentes en la praxis judicial en la que quedan cristalizados y son fácilmente detectables.

Hablamos de estereotipos en relación a los elementos de circunstancia presentes en una violación para ser considerada una “violación real” (Estrich, Susan 1987), y en función de ella, también lo que se entiende por “víctima real” (Scheppelle, Kim Lan 1988; Macaya-Andrés, Laura 2012) que aquí denomino “la buena víctima” (Segato, Rita 2006 y 2016), y el estereotipo del agresor sexual (Scheppelle, Kim Lan 1992; Macaya-Andrés, Laura 2012), dado que ante cualquier conducta que quede por fuera de estas construcciones “ideales” y esterotipadas, el sistema judicial se muestra reticente a considerarlas como violaciones, a las personas afectadas por ellas como “víctimas”, y a quienes las cometen como “victimarios” (Scheppelle, Kim Lan 1988)

Entonces, cuando consideramos los delitos sexuales contra las mujeres, nos encontramos con diversos tipos penales que vienen a proteger bienes jurídicos, que no son otra cosa que bienes moralmente valiosos desde la escala moral patriarcal y capitalista, los que en nuestro país han ido variando con el correr de la historia y la moral social, y aunque han dejado de existir en el texto de la ley⁵⁷, subsisten en el imaginario judicial al que se recurre para fundar las decisiones relevantes en el proceso penal y en la búsqueda y producción de la prueba.

Estos mitos los desglosaremos a continuación para poder abordar la sentencia por la muerte de Lucía Pérez Montero, no considerada en primera instancia como femicidio ni merecedora de sanción penal.

2. El mito de “la violación real”

“el derecho es sexista, el derecho es masculino, el derecho es sexuado”

Tamar Pitch, 2003.

Abocándonos desde la Ciencia Jurídica al estudio del juzgamiento de los delitos sexuales contra las mujeres, nos encontramos con una fuerte paradoja, ya que a la hora de proteger la integridad de las mujeres, en lugar de asumir la existencia de

⁵⁷ Queremos resaltar que, pese a estar modificado el Título III del Código Penal, referido a los Delitos contra “la Honestidad”, donde se mencionaba la categoría “mujer honesta” como sujeto tutelado por la ley, dicha denominación aún persiste en el Código Contravencional de la Provincia de Buenos Aires, Dec. Ley 8031/73.

una relación asimétrica entre hombres y mujeres y sostener el status de las mujeres como sujetos de protección legal, se profundiza esa asimetría tanto desde algunos preceptos legales como durante el proceso judicial.

Encontramos esta asimetría entre hombres y mujeres en las consideraciones de la ley cuando ésta actúa como disciplinadora de las mujeres estableciendo quiénes pueden y quiénes no pueden ser sujetos pasivos de los delitos sexuales, ya que las mujeres son en su generalidad cuestionadas moralmente en sus acciones alegando falta de cuidado y falta de recato (cuando no, provocación directa) como causa de los ataques sexuales; a la par que se tiende a absolver a la generalidad de los hombres como sujetos activos, delimitando a “el violador” como a alguien que solamente actúa en un contexto específico y que ostenta condiciones personales muy particulares.

Esta paradoja, en nuestro país, puede explicarse en parte desde la perspectiva histórica, y en parte, desde los estudios antropológicos de Rita Segato (2003; 2006; 2016).

Hablamos de paradoja porque encontramos que en el juzgamiento de los delitos sexuales contra las mujeres, prima facie, aparece un juicio moral sobre la conducta de la víctima previa a la comisión del delito, ⁵⁸para recién luego, una vez que la víctima goza de un status de “buena víctima”, pasar a analizar la responsabilidad penal del o los presuntos autores del delito. Y, además, al analizar la responsabilidad penal de los presuntos autores de los delitos sexuales contra las mujeres, observamos que también se produce una valoración moral de su conducta previa y durante la comisión del delito, pero a fin de atenuar su responsabilidad e incluso exculparlos⁵⁹.

Y vemos posible la explicación de esta paradoja desde una mirada histórica del Derecho Penal puesto que en un comienzo se tutelaba como bien jurídico “la honestidad”, no sólo de la mujer sino de la familia, y las buenas costumbres sociales en correspondencia con ellas (ZaikoskiDaniela 2013), siendo la honestidad de mujer la garantía de la legítima descendencia⁶⁰, para luego, casi un siglo después, pasar

⁵⁸ En algunas jurisdicciones, se realiza lo que se denomina “autopsia psicológica”, la que, por ausencia de perspectiva de género, puede promover su culpabilización, vgr. Provincia de Córdoba. <https://latinta.com.ar/2018/12/poder-judicial-debe-hacerse-preguntas/>

⁵⁹ En el “fallo Lucía” “...*el propio Farías, este último compró facturas y una Cindor para compartir con Lucía en su domicilio. Es evidente que estas actitudes no son las asumidas habitualmente por las personas con intención de cometer un hecho tan aberrante como por el que resulta acusado*” Sentencia TOC 1 Mar Del Plata. “FARIAS, Matías Gabriel- MACIEL, Alejandro Alberto- OFFIDANI, Juan Pablo s/tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad- abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio- encubrimiento a gravado por la gravedad del hecho precedente”, 26/11/18, Tribunal en lo Criminal N°1 de Mar del Plata, Causa N°4974.

⁶⁰ En este contexto de control legal sobre la moral sexual femenina, tutelando “el honor” de la fa-

a considerarse a “la integridad sexual” como bien jurídico tutelado, diferenciándose la integridad sexual de la moralidad social patriarcal, al ampliar los sujetos pasivos de los diferentes tipos penales del Título, y también, morigerando el corset moral implícito que constreñía la conducta sexual femenina para poder ser considerada víctima de delitos sexuales.

Así, observamos que nuestro Código Penal de 1921, con el establecimiento de “la honestidad” como bien jurídico protegido, y luego del estándar de “la mujer honesta” como sujeta pasiva de los delitos “contra la honestidad”, crea una categoría específica de mujeres que el sistema jurídico debe proteger. Es por ello que entendemos que las mujeres eran juzgadas antes que los presuntos perpetradores de los crímenes en su contra a fin de configurar el tipo penal correspondiente: ellas en su moralidad sexual y posteriormente ellos en lo atinente a su responsabilidad penal. Por doctrina, sólo podía ser víctima de una violación o abuso una mujer virgen o una mujer casada, ya que la “honestidad” de la víctima estaba dada por su contrición al celibato, la que siendo soltera o casada, debía practicar el recato para ser tutelada por la ley (Zaikoski, Daniela 2013).

Si bien desde el año 1999, con la reforma de la Ley 25.087, los delitos sexuales contra las mujeres en nuestro país son considerados “delitos contra la integridad sexual”, y además, admiten claramente otras sexualidades e identidades de género como sujetos pasivos, además de mujeres ni vírgenes ni casadas como posibles víctimas de abuso sexual y violación, sostenemos en el presente artículo que en el ideario de los operadores jurídicos continúa vigente la antigua costumbre judicial que tiende a determinar la “honestidad” del sujeto pasivo femenino a la hora de configurar el tipo penal, de manera previa al juzgamiento del caso por atribución de responsabilidad y pena. Decimos entonces que para configurar el mito de la violación “real”, se consideran determinadas cualidades de la víctima, de tiempo y lugar y, por supuesto, del delincuente. Así, en segundo término, como consecuencia de esta situación “ideal” de víctima, mencionemos los restantes elementos que constituyen el mito respecto de cómo debe ser una violación para ser “real”: el contexto en que ocurre, la actitud del perpetrador y de la víctima.

La “violación real”, dice el mito, ocurre en pasajes desolados y oscuros de la vía pública, mediante el uso de la fuerza física o intimidación por armas, pese a la negativa y resistencia de la víctima, provocando lesiones y heridas de cierta entidad, capaces de transmitir verosímilmente que la víctima no dio su consentimiento para el sexo y que fue practicado mediando violencia (Estrich, 1987; Schepelle, 1992).

milia, recordemos también la más grave penalización del adulterio para la mujer que para el hombre, ya que un solo encuentro sexual de la mujer era considerado delito, mientras que para el hombre, debía demostrarse que tuviera “manceba”, o sea, una relación continuada con una mujer distinta de la esposa. Esta norma fue derogada poco tiempo antes de la reforma mentada al Código Penal, en el año 1995, por Ley 24.453.

En este sentido, el mito dice que cuando no hubiera signos visibles y demostrables de violencia sobre la víctima, ni heridas o lesiones físicas en ella, no podríamos hablar de violación “real”. Sobre este punto, observamos dos cuestiones referidas al punto de las “lesiones”: la primera, que el delito de violación es amplio en cuanto a circunstancias y no exige que exista fuerza física ni lesiones como únicos requisitos *sine qua non* para configurar una violación; la segunda, que el tipo penal de “lesiones” habla de “daño en la salud”, siendo la doctrina conteste en considerar el término “salud” en sentido integral de la OMS (1948) y por lo tanto, en admitir las lesiones psíquicas que muchas veces son desestimadas⁶¹. Sin embargo, existe doctrina que todavía entiende que el delito de lesiones está subsumido en el de violación (Cortázar, María Graciela 2005), con lo que, podemos decir que tenemos aún presente la existencia de lesiones físicas demostrables y de entidad en del mito de la “violación real” del que habla Susan Estrich para la configuración del tipo.

Desde estas consideraciones se explica la reticencia de los operadores jurídicos para considerar que se cometió una violación cuando la víctima conocía al agresor, cuando ocurrió en un contexto de nocturnidad, y más aún cuando ocurrió dentro del matrimonio. Este doble standard fue aplicado en el juzgamiento por la muerte de Lucía Pérez Montero, como detallaremos más adelante.

Finalmente, y en atención a los sujetos activos de estos delitos, al momento de dictaminar sobre la responsabilidad, efectuar pericias y cuantificar la pena a aplicar, se recurre a estereotipos que toman carácter de mitos respecto del agresor, que debe ser un desconocido de la víctima, aplicarle violencia física o estar armado, y, para mayor claridad y recepción en el sistema judicial, tener un origen racial o étnico considerado minoritario por el discurso jurídico (Estrich, Susan, 1986; Scheppele, Kima Lan 1987; Estrich, Susan 1987). En nuestro país, podemos agregar a estos elementos interseccionales en la descripción del sujeto activo de los delitos sexuales, la pertenencia a una clase social sobrerrepresentada en las cárceles.

3.- La buena víctima

“Para mí, el duelo público no se limita a la necesidad que se tiene de llorar personalmente a los muertos. Por cierto esa necesidad existe. Pienso que el duelo público da un valor a las vidas. Permite un tipo de conciencia aumentada de la precariedad de esas vidas y de la necesidad de protegerlas”

Judith Butler.

⁶¹ Pensamos en el caso de “La Manada” española, en el que los jueces sostuvieron que la víctima no posee traumas y que incluso disfrutó de la violación, por no poseer lesiones físicas compatibles con el mito de la violación “real”.

El contenido moral de las normas de Derecho Penal⁶² referidas a las mujeres dan cuenta de la valoración social que se hace de ellas en función de su conducta sexual. Siguiendo a Foucault, si la ley, como parte fundamental del sistema jurídico, que es a su vez un sistema de poder, produce los sujetos a los que más tarde representa (Foucault, Michel, 2003), la “mujer honesta”, como sinónimo de la “buena víctima” (Segato, Rita 2006), es una creación de la ley; en oposición a la “mujer des-honesta” que no puede ser víctima de atentados al honor por carecer de él. La categoría de “mujer honesta” es una ficción discursiva que se presenta como un sujeto real, existente en forma espontánea y natural, y más aún, que constituye una categoría personal moralmente deseable por la sociedad, y que, por tanto, merece la protección legal.

A esta cualidad de los discursos jurídicos, siguiendo a Judith Butler, Laura Macaya-Andrés la denomina “*capacidad performativa de los discursos jurídicos*” (2013), y desnuda así la estrategia legislativa para “*legitimar la hegemonía reguladora de esa misma ley*” (Butler, Judith 2003), cuya forma de ejercitarse no es manifiesta sino oculta.

Desde el presente análisis afirmamos que no existen mujeres más valiosas que otras que merezcan mayor protección legal y judicial, advirtiendo que ese doble standard ha sido una creación discursiva desde la performatividad de un discurso de poder, y que la misma sigue vigente en la costumbre judicial de los tribunales ordinarios pese a haberse derogado en nuestro país la norma que establecía la existencia de una “mujer honesta”.

Para explicar mejor la costumbre judicial que da cuenta de este doble standard moral para las mujeres, recurrimos a los trabajos de Susan Estrich (1986, 1987) y Kim Lane Scheppele (1987) y Janice Du Mont y otras (2003), quienes realizan en Estados Unidos y Canadá un estudio pormenorizado de los estereotipos de género que dan forma a los estándares con que se evalúa moral y socialmente a la víctima de violación, a quien se le sigue exigiendo demostrar recato en su conducta sexual previa a los hechos y activa defensa en el momento de los mismos para ser considerada “real” víctima de violación; y que también existe preferencia en el sistema judicial por dar veracidad a los relatos de mujeres blancas de clase media y alta (DuMont, Janice et. al., 2003). Como expresa claramente Laura Macaya-Andrés “*Las mujeres «víctimas de violencia» son percibidas como seres sin agencia necesitados de la protección de la que se han visto desprovistas por su «natural protector», convertido ahora en agresor. La «figura natural de protección» es sustituida por la agencia estatal que legitimará de esta forma su papel benefactor*” (2013:24).

La descripción que el discurso jurídico vigente hace de “la buena víctima”,

⁶² Nos seguimos refiriendo al Código Penal de 1921 en sus título de “Delitos contra la honestidad” y al Código Contravencional de la Provincia de Buenos Aires, Decreto Ley 8031/73.

de “la mujer honesta”, dista mucho de la descripción de Lucía Pérez Montero sostenida por la defensora y los jueces del tribunal en el fallo que juzgaron su muerte:

“Indicó la Dra. Solari que a un amigo Lucía le contó que había intimado con personas de hasta 29 años y que Sol Adura dijo que a Lucía le gustaba el sexo violento y eso no tiene nada de malo. Que Lucía pagaba por la droga y no se prostituía para conseguirla, que era de carácter fuerte y no le permitió a su hermano Matías a que la acompañe. Que cuando su amigo Esteban le dijo que todos querían cogerla, ella le dijo que si pero que ella hacía lo que quería, a tal punto dijo que fue ella quién digitó el momento y el lugar cuando iba a encontrarse con su pupilo.” (fs.14):

“La Dra. Solari -aclarando que no estaba en su ánimo juzgar su vida sexual- señaló que Lucía era de tener relaciones con hombres a los que apenas conocía pero que eso ocurría por propia elección y cuando ella lo quería.” (fs.16)

“Resulta muy importante para reforzar esta idea de que Lucía no estaría con nadie sin su consentimiento, el chat # 10 que ella mantuviera con un joven identificado como “amigo de juli”, en el que luego de intercambiarse insinuaciones de contenido sexual, fotografías en ropa interior y hasta del miembro viril del joven, Lucía frena el avance del mismo diciéndole de manera directa “es que vos tenés 17 y yo e estado con chabones de 29,28, 26, 23, 21”.

“Tal como lo hiciera la Dra. Solari no está en el ánimo del suscripto juzgar la vida sexual de Lucía, pero de los chats analizados surge claramente que sus vivencias en ese sentido alejan por completo la posibilidad de que hubiera sido sometida sin su voluntad.”(fs.19)

“Más allá del esfuerzo de la parte acusadora en demostrar que existió un estado de vulnerabilidad dentro de un contexto analizado desde la perspectiva de género, que ello fue basado en una relación desigual de poder donde la mujer suele ser uno de los grupos más afectados siendo Lucía cosificada para la satisfacción de los deseos sexuales del autor, lo cierto es que en mi criterio nada de eso existió y que se está tratando de encauzar de cualquier manera el desatino inicial de la Dra. Sánchez, para satisfacer las falsas expectativas generadas por ella misma.” (fs.19)

“Lucía tenía 16 años y Farías 23, por lo que sería muy forzado hablar de una situación de desigualdad o superioridad, sobre todo teniendo en cuenta la personalidad de Lucía quién no se mostraba como una chica de su edad y que además había referido mantener relaciones con hombres de hasta 29 años.(fs.20)”

Si la violación “real” es la que deja marcas por la violencia evidenciada en las lesiones, consecuentemente, la víctima de violación es quien ha procurado defen-

derse de la agresión a cualquier precio: es una víctima que no quería ser violada y ha dejado hasta su vida evitando ese mal. La “víctima real” de violación deja claro a los peritos que ha sido violentada y que ha querido evitarlo, porque es concebida como “la buena víctima” o “la víctima real”, la que defiende su honra, porque era una “mujer honesta”; o bien es una mujer tan indefensa que fue abusada también en su inocencia. El cuerpo de Lucía no presentaba, a criterio de los peritos ni de los jueces, ningún rastro que permitiera pensar que fue lesionada; consecuentemente, sostuvieron que no fue violada. Tampoco lo expresado por ellos sobre su personalidad permite pensarla como una víctima, mucho menos indefensa y pasible de ser víctima de violación según el mito que analizamos.

Sin embargo, abundan datos que dan cuenta de lo evidente: no todas las víctimas de violación resultan gravemente lesionadas ni tienen heridas visibles, como tampoco están exentas mujeres física o psicológicamente fuertes de ser violadas (Estrich, Susan 1986, 1987; Scheppele, Kim Lane 1987; DuMont Janice et. al., 2003).

4.- Los operadores jurídicos no son ajenos a los mandatos patriarcales ni a la cultura de la violación.

“No myth is more powerful in the tradition of rape law than the myth of the lying woman”,

Susan Estrich, Palm Beach Stories, 1992.

Si la víctima de violación lo es también de femicidio, se vuelve sencillo para el sistema machista y androcéntrico, en sostenimiento del “pacto entre cofrades” y en cumplimiento del “mandato de masculinidad” (Segato, Rita 2016), afirmar -con pretensión de verdad- que la víctima no era tal, sino que en realidad obró con libertad buscando el encuentro sexual por su cuenta y que por alguna razón -fortuita o atribuible a ella- falleció; al no ser posible la réplica de la víctima para desmentir tales suposiciones.

Así las cosas, entendemos que en el juzgamiento de la muerte de Lucía Pérez Montero los jueces actuaron de esta forma, al defender el accionar masculino propio de quien ejerce un privilegio inobjetable (tener sexo con una mujer menor de edad mediando el consumo de estupefacientes) y luego, al poner en claro que el principal sospechoso por la violación y muerte de Lucía era una persona con buenas intenciones para con ella:

“Así he podido apreciar detalladamente los distintos chats entre ellos a par-

tir del momento en que Farías ya le había vendido la droga y que se inician a las 14:30 horas aproximadamente del día 7 de octubre y que extendieron a lo largo de toda la tarde y hasta entrada la madrugada del día 8, advirtiendo a partir de los mismos que fueron intercambios mutuos de información de datos personales (como edades, gustos musicales, personas con las que viven, actividades, etc.) que no demostraban ninguna circunstancia que hiciera presumir la manifestada ultra intención de someter sexualmente a nadie.”(fs.21)⁶³.

Seguidamente, al momento de interpretar el intercambio de chats entre la menor y el proveedor de drogas, el tribunal se inclina por interpretar que Lucía quería corresponder el interés genuino y desinteresado del Sr. Farías (el principal acusado de la causa) en ella, que no hubo en la insistencia del proveedor de drogas hostigamiento ni presión pese a las expresiones del Sr. Farías “*que no le dé más vueltas*” al encuentro. Tan normal considera el tribunal que es tal circunstancia, que continúa desestimando lo planteado por la fiscalía, que entendía que Lucía se negaba al encuentro porque no disponía del dinero adeudado al proveedor de drogas, calificando esa actitud de la menor como “desplantes” que motivaron el desinterés del proveedor de drogas en ella:

“(…)ello no lo puedo interpretar más que como una circunstancia normal de la vida y de relaciones de las personas y sin la trascendencia que se le quiere dar.

No se advierte a lo largo de esa conversación ningún elemento que hiciera presumir que Farías hostigaba, amenazaba o se valía de una situación de superioridad para lograr someter a Lucía, es más, cuando el imputado le proponía ir a buscarla para verse y ante la evidente decisión de ella de pasar la cita para el otro día (5:54:18 pm), Farías le dice que la hiciera corta (que no diera más vueltas) y si quería que se vieran o no y que lo de lo de plata que le había quedado debiendo lo arreglaban después, que el quería estar junto a ella, tomarse alguna bebida y conocerse un poco más.

Debe observarse que ante la insistencia de Farías, Lucía a las (6:05:06 pm) le dice porqué no nos vemos mañana más tranquilos y ante la respuesta de aquel de no saber si podría (6:12:36 pm) ese sábado (seguramente debido a los desplantes anteriores), Lucía le dice de verse el domingo (6:13:46 pm) o el lunes porque no tenía clases ni cursaba (6:14:10 pm).

El Dr. Vicente interpretó que la negativa de Lucía a verse ese mismo viernes era producto de la imposibilidad de abonarle los 100 pesos que le había fiado esa tar-

⁶³ Sentencia TOC 1 Mar Del Plata. “FARIAS, Matías Gabriel- MACIEL, Alejandro Alberto- OFFIDANI, Juan Pablo s/tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad- abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio- encubrimiento a gravado por la gravedad del hecho precedente”, 26/11/18, Tribunal en lo Criminal N°1 de Mar del Plata, Causa N°4974

de y que por ello no quería ir a la casa de alguien que la drogue y la coja sin poder ejercer la verdadera libertad de determinación para tener sexo con quien quisiera.

Como lo expusiera anteriormente no existe ningún indicador que demuestre que Lucía cambiaba sexo por droga, ni que las cosas hubieran ocurrido de esa manera en este acontecimiento, ya que a la manifestación de Farías que la plata no era el tema que le importaba y las alternativas que le dio Lucía para verse cualquiera de los otros dos días (domingo o lunes), debe adunársele que fue ella (Lucía) quien a las 7:19:43 am del día 8 de octubre, le envió un mensaje comenzando una conversación que siguió con un pedido de disculpas y brindándole explicaciones por lo ocurrido el día anterior (7:21:57 am), destacando que luego de hablar sobre temas sin interés Farías le desea que tenga un lindo día (8:27:05 am del mismo 8), sin hacerle ninguna manifestación sobre encontrarse, lo que resulta indicativo que no insistiría en verla.”(fs.21-22)

Luego, el tribunal sostiene que la menor insistió en el encuentro, que se produjo por su propio interés en el proveedor de drogas:

“Fue Lucía también quien sin que existiera reclamo alguno (a las 8:28:06 am.) le dice “quedamos en 100?” y ante la lacónica ‘respuesta de “Si” por parte de Farías, Lucía (a las 8:28:48 am.) — y sin que existiera ninguna presión o insinuación del imputado- le propone verse, con lo que no es descartable la postura de la Dra. Solari que fue ella quién manejó los tiempos en que quería encontrarse con Farías, más allá de la insistencia de éste el día anterior.

Es demostrativo de lo expuesto y del interés de Lucía en encontrarse con el encausado, que luego de haber convenido que la pasaba a buscar por un lugar determinado y ante la demora de Farías en pasar a la hora fijada, le envía un mensaje a las 10:07:54 am diciéndole “que onda venís?” y ante la falta de respuesta por parte de Farías, a las 10:09:45 am. le manifiesta “abisame si quieres hacer algo me volví a mi casa”, continuando el intercambio de mensajes de manera amigable y arreglando un nuevo sitio por donde la pasaría a buscar.

También del intercambio de mensajes que Lucía mantuvo el día 7 de octubre de 2016 (chat # 4) con Belén Mella surge el interés de aquella por Farías”. (fs.24)

Posteriormente, el tribunal insiste en interpretar que el proveedor de drogas tuvo en todo momento actitudes amables para con Lucía, tanto en lo previo a su muerte:

“La mujer del coencausado Offidani, Eliete Silva dos Santos, dijo en el debate que su pareja la noche anterior le había mostrado una foto de Lucía y le dijo que a esa chica la estaba conociendo Farías, en lo que podía interpretarse como la intención de tener una relación más seria, tal como lo expusiera Offidani (fs. 417 “in fine” y vta.) “capaz que con ella podía iniciar una relación que le sacara de la cabeza a la mujer de la que todavía estaba enamorado.

Finalmente conforme lo manifestara Belén Mella (fs.156/8 y vta.) el día sábado Farías le escribió y le dijo que estaba yendo para lo de Lucía, debiendo destacar también que tal como lo afirmara el coimputado Offidani y el propio Farías, este último compró facturas y una Cindor para compartir con Lucía en su domicilio. Es evidente que estas actitudes no son las asumidas habitualmente por las personas con intención de cometer un hecho tan aberrante como por el que resulta acusado.”

Como después de producida la descompensación de Lucía y muerte:

“Cuando se produce el incidente de salud por parte de Lucía, lo primero que hace Farías no fue ocultar el hecho, ni intentó eludir su responsabilidad, sino que llamó a Offidani y en su vehículo la llevaron (aparentemente ya sin vida) a la Sala de Salud del barrio.

Pero no solo la llevó a recibir atención médica, sino que además permaneció en el lugar para saber que le había pasado a Lucía aún cuando (como lo afirmara el testigo Mauricio Fabián Starnbulsky) pudo haberse ido junto a Offidani y Maciel antes que nadie notara su presencia.”(fs.25)

“Es decir que las actitudes descriptas por todos los mencionados (llevar a Lucía, permanecer en el lugar, brindar información sobre lo ocurrido, permitir que ingresen a su departamento sin orden judicial y ayudar a la investigación en todo lo que pudiera) distan muchísimo de la que podría haber asumido alguien que abusó y causó la muerte de una adolescente, sobre todo cuando —vuelvo a reiterar- pudo irse del lugar sin que su identidad fuera revelada al menos en ese momento y además, permaneció en la misma vivienda hasta el momento de su detención.”(fs.26)

También mencionemos, respecto del acusado Offidani, la normalización del consumo de pornografía, negativa a considerar dicha conducta como cosificante de las mujeres y solicitud de apartamiento del hecho como prueba para la causa por aplicación del principio de reserva:

“Offidani tenía en su historial web un sin número de páginas “porno”, aspectos que correctamente señalara la defensa, deben quedar comprendidos en el principio de reserva del art.19 de nuestra Carta Magna, ya que se tratan de situaciones de carácter íntimo que no constituyen prueba de cargo y que deben quedar exenta de la autoridad Judicial” (fs.50)

Pues bien ¿qué relación encontramos entre el patriarcado, los mandatos patriarcales y la cultura de la violación; y de qué manera intervienen esas categorías de análisis sociológico y antropológico en el juicio por la muerte de Lucía Pérez Montero?

Al definir el patriarcado como una estructura de poder basada en una fundamentación biologicista que opera como mecanismo de dominación masculina sobre las mujeres y que resulta en una suerte de sistema político que institucionaliza la superioridad sexista de los varones sobre las mujeres, el “mandato de masculinidad” como la sumisión de los hombres a la estructura corporativa de la fratria masculina (Segato, Rita 2018), y la “cultura de la violación” como la normalización y aceptación social de la violación como interacción entre los hombres y las mujeres; traemos a colación la teoría de Carole Pateman, sobre “el contrato sexual” presocial entre los hombres que adjudica deberes y ámbitos a las mujeres para la vida en sociedad (2005) y la jerarquización de lo masculino frente a lo femenino cristalizada en el derecho (Olsen, Frances, 1995) para concluir que desde el sistema jurídico se sostiene al patriarcado como estructura de poder que lo contiene, para contribuir a la normalización de la cultura de la violación para el disciplinamiento y sumisión de las mujeres. Ahora bien, ¿de todas las mujeres? No. Como señalan los estudios mencionados de Estrich, Scheppele y Du Mont y otras, algunas víctimas “son mejores víctimas que otras”, y Lucía Pérez Montero, como vimos, fue una mala víctima a consideración del tribunal que juzgó su muerte y circunstancias previas⁶⁴.

Cabe entonces preguntarnos ¿qué es lo que determina que una mujer sea buena o mala víctima? Parafraseando a Llewellyn, respondemos que finalmente el Derecho no es lo que el juez desayunó en la mañana, sino lo que vio en las noticias.

5.- Los medios de Comunicación. Vigencia y sostenimiento de los mitos sobre la violación

“Esta pedagogía enseña algo que va mucho más allá del matar, enseña a matar de una muerte desritualizada, de una muerte que deja apenas residuos en el lugar del difunto”

Rita Segato, 2018.

Comenzamos este artículo hablando de discursos de poder, afirmando que el

⁶⁴ No mencionaremos nada relativo a las pericias efectuadas sobre el cuerpo de Lucía, que encontramos de base contradictorias y de máxima humillantes, por el grado de exposición y el juicio moral sobre Lucía en base a conductas sexuales atribuidas a ella fundadas en la observación prejuiciosa de su cadáver y de sus chats. Interpretaciones todas que, a nuestro entender, son maliciosas y que, si bien abonan el planteo aquí expuesto sobre el discurso del Tribunal tendiente a desvalorizar la humanidad de una menor víctima de violación y femicidio, para así normalizar la muerte de algunas víctimas que, por su precariedad y cosificación no merecen el duelo social, entendemos que ejemplificar lo dicho con la reproducción de las humillaciones a Lucía constituye una nueva victimización para ella y, por tanto, nos abstendremos de hacerlo.

sistema jurídico es, en sí, un discurso de poder tan fuerte que posee una capacidad performativa, esto es, que es capaz de dar existencia a sujetos a los que nombra, en apoyo de sus propios principios reguladores.

Asimismo, sostenemos que el discurso jurídico es parte del discurso hegemónico patriarcal imperante, y que su función patriarcal reside en garantizar, mediante el disciplinamiento de las mujeres, su acatamiento a las normas patriarcales; y que estas normas están explícitas en la ley, o surgen a través de su interpretación judicial y la conducción de los procesos judiciales en los que las mujeres son parte. También planteamos que, respecto de los varones, el sistema jurídico viene a reforzar la vigencia del mandato de masculinidad en la cofradía de los hombres patriarcales (Segato, Rita 2006, 2016).

Es por ello que, para terminar este razonamiento, traemos a colación el rol que los medios de comunicación poseen en la vigencia y sostenimiento de los estereotipos de género, que se encuentra en consonancia con el discurso del sistema jurídico. En este sentido mencionaremos dos cuestiones. Por un lado, el maniqueo tratamiento mediático dado a dos femicidios de adolescentes: el de Ángeles Rawson⁶⁵ en comparación con el de Melina Romero⁶⁶; y por otro, como menciona Irene Sánchez, sostenemos que los medios plantean o bien la naturalización de la violencia de género al punto de la invisibilización, o bien la muestran *“como un fenómeno conflictivo entre dos individuos aislados vaciados de connotaciones sociales”* (2014:3).

Respecto del maniqueísmo moral al hablar de las dos adolescentes asesinadas, evidenciamos que Ángeles fue en todo momento tratada como a una buena víctima y Melina, como a una mala víctima, desde el abordaje de su caso, considerando la cantidad de horas y páginas dedicadas a ambos temas y el tono con que se referían a ellas.

Ángeles, la niña rubia de Palermo, fue tratada con permanentes referencias al sujeto celestial que la nombra, y su femicidio se presentó desde el primer momento y sin ninguna duda posible, como un crimen atroz que constituía el injusto arrebato de una inocente vida llena de oportunidades, buscando de esa forma la compasión empática de la sociedad. Mientras que, en el otro extremo, quedará inmortalizado el mote de *“fanática de los boliches que abandonó la secundaria”* dado a Melina en el titular del diario de mayor circulación de Argentina, en forma de advertencia para las adolescentes que, lejos de ser vistas como sujetos de derechos en una especial situación de vulnerabilidad (ausencia de proyecto vital claro, familia disfuncional con padre ausente, nivel socioeconómico bajo, entre otras precariedades de vida) y merecedoras de protección judicial especial, son tratadas como responsables de su propio asesinato.

⁶⁵ <https://www.clarin.com/tema/crimen-de-angeles-rawson.html>

⁶⁶ https://www.clarin.com/policiales/fanatica-boliches-abandono-secundaria_0_S1ek3YcD7g.html

Así las cosas, el asesino de la buena víctima recibe una condena perpetua⁶⁷, y el de la mala, 13 años de prisión⁶⁸.

El segundo punto mencionado anteriormente, refiriéndonos a las maneras en que los medios contribuyen al sostenimiento de los estereotipos de género y las relaciones de dominación-sumisión entre hombres y mujeres, lo trae aparejado la consideración mediática de los casos como aislados, o bien limitados a ser una mera cuestión entre dos personas, o sólo atribuibles a la desviación social de un varón, aislado de la generalidad que plantea que “*No todos los hombres*”⁶⁹ son violadores o feminicidas.

En el primer caso, mencionemos la frase tristemente célebre de la Sra. Mirtha Legrand “¿pero vos qué hacías para que te pegara?”⁷⁰ normalizadora del maltrato y la violencia física en el ámbito de la pareja hacia las mujeres que se desvían de lo que el varón quiere. En el segundo, el cliché “*not all men*” en las declaraciones de Adrián Suar sobre las denuncias de abusos y violaciones que pesan actualmente sobre el actor Juan Darthés, quien apela a la fama y al buen nombre del acusado a la espera de las resoluciones judiciales sobre los casos de abuso sexual que pesan en su contra, conociendo la forma en que el discurso jurídico aborda y resuelve habitualmente los delitos sexuales contra las mujeres.

Por lo tanto, nos preguntamos ¿cuánto de opinión pública (misógina, normalizadora de la violencia y androcéntrica) contienen los fallos judiciales de delitos sexuales contra las mujeres y cuánto de aplicación del Derecho al caso concreto?

6.- Algunas conclusiones.

“El documento jurídico debe ser leído con ojos de sociólogo del derecho y no de jurista dogmático”.

“En el estudio sociológico, el sociólogo busca la extracción de un trozo de vida,

el conjunto de fenómenos sociales, interindividuales o incluso individuales,

que la decisión ha hecho salir a la luz”.

⁶⁷ https://www.clarin.com/policiales/angeles-rawson-condena-perpetua-mangeri_0_S1A-1fLYwXe.html

⁶⁸ https://www.clarin.com/policiales/condenaron-13-anos-carcel-asesino-melina-romero_0_r1Y4i-68GG.html

⁶⁹ <https://www.grazia.es/lifestyle/notallmen-hombres-machismo/>

⁷⁰ Escena disponible, entre otros sitios, en: <https://www.youtube.com/watch?v=UMsmfuyAjwt>

Hemos dicho explícitamente que el Derecho es sexista, y que, aunque algunas leyes hayan cambiado y se hayan dictado normas específicas para la protección de las mujeres, consecuentes con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ⁷¹, persiste el sexismo y el androcentrismo en la actividad judicial desoyendo doctrina y protocolos específicos para juzgar con perspectiva de género (Ghirardi, Natalia, 2016). Porque, como afirma Foucault, los sistemas jurídicos, como sistemas de poder que son, producen los sujetos a los que más tarde representan; y el sistema jurídico, entonces, produce categorías morales de mujeres que merecen diferente tratamiento ante el sistema según haya sido su conducta previa a los actos que se juzgan.

Esta denuncia del Derecho y del sistema jurídico como sexista, se vuelve urgente al estar ante un sistema de poder que *“discrimina a las mujeres, negándoles recursos y reconocimiento de las ofensas que contra ellas puedan cometerse, actuando de forma no objetiva y prejuiciosa”* (Macaya-Andrés, Laura, 2012).

Finalmente, respecto al rol de los medios de comunicación, además de los puntos mencionados, y de la capacidad performativa que también poseen, debemos ser conscientes de la posibilidad de repetición sistemática del mensaje de la que también pueden hacer uso, ya que, como observa Rita Segato. *“la repetición de la violencia produce un efecto de normalización de un paisaje de crueldad y, con esto, promueve en la gente los bajos umbrales de empatía indispensables para la empresa predatora”* (2018:13).

Finalizando este análisis podemos concluir que sólo desde una visión feminista de los derechos humanos de las mujeres, contextualizada a través de la sociología jurídica, estaremos en condición de ejercerlos de manera efectiva, en libertad y equidad, al amparo de las normas puestas para la protección de las mujeres a través de la efectiva tutela de los Estados.

Bibliografía

Butler, Judith (1997) *Lenguaje, poder e identidad*. Madrid, Síntesis

Butler, Judith (2007) *El género en disputa*, Barcelona, Paidós.

Carbonnier, Jean (1982). *Sociología Jurídica*. Tecnos. Madrid.

Cortázar, María Graciela, (2009.) *CÓDIGO PENAL COMENTADO ARTS. 89-91 LESIONES, ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL*.

⁷¹ Ley 25.929, Ley 26.485, Ley 26.791.

DuMont, Janice; Miller, Karen-Lee; Myhr, Terri L (2003), “The role of the “real rape” and the “real victim” stereotypes in the police reporting practices of sexually assaulted women”, en “VIOLENCE AGAINST WOMEN”, Vol.9 N°4, Abril 2003, Sage Publications, Univ. Of Minnessotta Duluth.

Estrich, Susan, (1986)“Rape”, en el 95 Yale Legal Journal.

Estrich, Susan, (1987) “The real Rape: how legal system penalizes women who say no” (1987).

Estrich, Susan, “Palm Beach Stories”, 1992, Law and Philosophy.

Ghirardi, Natalia para ELA (2016): Protocolo para juzgar con perspectiva de género. ELA, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.

Foucault, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa, 2003.

Jaramillo, Isabel Cristina (2000) “La Crítica Feminista al Derecho, estudio preliminar” en Robin West, Género y Teoría del Derecho, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar.

Macaya-Andrés, Laura “Violencia de género y victimización de las políticas estatales”, en Revista “Putas e Insumisas”, Barcelona, diciembre de 2012. Edición: HERSTORY (Difusora feminista) - www.nodo50.org/herstory -

Macaya-Andrés, Laura, “La ley como tecnología del género”, en Revista “Putas e Insumisas”, Barcelona, diciembre de 2012. Edición: HERSTORY (Difusora feminista) - www.nodo50.org/herstory -

MacKinnon, Catharine (1995) “Hacia una teoría feminista del Estado”. Trad. Eugenia Martín. Ediciones Cátedra S.A., Madrid.

Maffía, Diana (2005) “El Contrato Moral” en “Búsquedas de Sentido para una nueva Política”, Buenos Aires, Paidós.

Olsen, Frances, “El Sexo del Derecho” (1990), Publicado en David Kairys (ed.), The Politics of Law (Nueva York, Pantheon, pp. 452-467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.

OMS Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

Pateman, Carole, “El contrato sexual” (1995) intmducción de María-Xosé Agra

Romero: introducción de M. Luisa Femenías, revisado por María-Xosé Agra Romero. - Barcelona: Anthropos: México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa.

Pitch, Tamar, (2003) “Un derecho para dos”. Madrid. Trotta.

Pitch, Tamar, (2009) “Justicia Penal y libertad femenina”, en Nicolás, G. y Bodelón, E. (comps) “Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder”. Barcelona. Anthropos y Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans.

Sánchez, Irene, (2014) “Violencia de género y medios de comunicación”, en Revista “Putas e Insumisas”, Barcelona, diciembre de 2012. Edición: HERSTORY (Difusora feminista) - www.nodo50.org/herstory -

Schepelle, Kim Lane (1987) “The Re-Vision of Rape Law (reviewing Real Rape: How the Legal System Victimizes Women Who Say No by Susan Estrich),” University of Chicago Law Review: Vol. 54 : Iss. 3 , Article 11. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol54/iss3/11>

Segato, Rita (2003). “Las Estructuras Elementales de la Violencia”, Ed. Prometeo, BsAs.

Segato, Rita (2016). “La Guerra Contra las Mujeres”, Ed. Prometeo, Bs.As.

Segato, Rita (2018). “Contra-pedagogías de la Crueldad”, Ed. Prometeo, Bs.As.

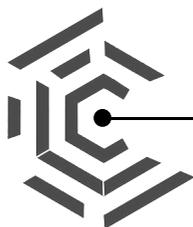
Sepúlveda, Patricia (2013): “¿Contrato o subordinación? Las dimensiones del Contrato sexual, según Carole Pateman”, UBA.

Zaikoski, Daniela (2013) ¿Qué cambió con la reforma de la ley 25087? Análisis de sentencias penales sobre delitos sexuales. Revista Perspectiva de las Ciencias Económicas y Jurídicas, Vol.3 N°1, Santa Rosa, Ed. UNLPam.



derecho procesal

Condiciones programáticas para el desenvolvimiento eficaz y funcional de la oralidad en los procesos judiciales



Gabriel Hernán Di Giulio.

(UNICEN)

Resumen:

La oralidad, como regla de procesamiento y/o juzgamiento, no se limita a la modalidad de producción de las postulaciones y de la recepción de las pruebas, ni a la presencia del Juez (oralidad y regla de inmediación). Presupone *condiciones* que se inscriben en el ámbito intelectual-conductual de los operadores judiciales. Dichas *condiciones* pueden ser connaturales con la cultura e idiosincrasia social dada o, por el contrario, pueden no serlo. En tal caso, la oralidad exige, para un desenvolvimiento eficaz y funcional, un programa que procure incluirlas a partir de su concientización, educación y culturización jurídicas.

Las *condiciones* son: a) el respeto estricto del tiempo (apego estricto al horario de inicio de las audiencias, optimización de su decurso y eliminación de las demoras ulteriores a su realización, generalmente derivadas de la confección y firma de las actas); b) funcionalidad teleológica: toda audiencia tiene una finalidad y su realización debe conducir a esa meta (ej.: es frecuente que en audiencias iniciales con intervención de Consejeros de Familia, en procesos de familia, se convoque a los abogados haciendo permanecer a las partes en la mesa de entradas del órgano jurisdiccional, sin ser oídos); c) funcionalidad pragmática: importa la verificación concreta y específica de la funcionalidad de la audiencia, debiendo prescindirse o limitarse aquellas que han perdido su utilidad u objeto; d) flexibilidad y consensualidad: de los aspectos operativos de la audiencia con miras de las funcionalidades

teleológica y pragmática (la rigidez y ritualismo no son compatibles con la oralidad y sin embargo suelen caracterizarla en nuestros tribunales); d) capacitación de los operadores: el contacto interpersonal con las partes torna imperiosa la capacitación de los operadores dirigidas a fomentar el trato respetuoso, la escucha del otro y fundamentalmente a reducir el impacto de los “micro-conflictos”. Son “micro-conflictos” los que se generan en ocasión del proceso, por el debate dialéctico y la confrontación de intereses.

La oralidad se desnaturaliza si no se abordan programáticamente las *condiciones* inherentes, pierde su eficacia y no logra escindirse del modelo escriturario que se enlaza a través de las actas y registros tales como videograbaciones.

1.- Introducción

El siglo XX entronizó la oralidad en el pensamiento occidental de extracción continental europeo, para extenderse más tarde al derecho latinoamericano. Compuso sus pautas performativas y la asoció con la idea de eficacia y celeridad de los procesos; en definitiva, con un ideal de justicia.

Esta versión de la oralidad presentaría sensibles diferencias con los modelos del *common law*. La génesis política de la oralidad de cuño continental europea, promovida por gobiernos y regímenes autoritarios, le valió una pesada carga histórica que el procesalismo no registró sino hasta hace algunos años. Los movimientos reformistas de la primera mitad del siglo anterior, inspirados en la idea de “publicización”⁷² del proceso, volcaron a sus propuestas algunos paradigmáticos ejemplos regulatorios. Así por ejemplo, el Código Procesal Italiano de 1942 y los postulados del “segundo” Chiovenda, que reconocen su fuente en el Reglamento de 1895 del imperio austrohúngaro, obra de Franz Klein, con algunos aportes de la Ordenanza Alemana de 1879 y antes del Código Procesal Civil de Hanover de 1850 que llevó a la oralidad al extremo.

Detrás de los postulados dogmáticos, los discursos políticos y la información escasamente verificada, tales modelos no prosperaron. El código Italiano de 1942 adoptó una personalidad ideológica equivalente al Reglamento de Klein de 1895. Para el referido digesto el proceso “*es un fenómeno social de masas... que debe ser reglamentado como instituto de bienestar*” donde las controversias implican un mal que provoca el bloqueo de los bienes, incidiendo en la economía nacional (Cipriani, 2000, p.3).

Para el codex Italiano de 1942, el proceso es un instituto que opera en la progresiva socialización del derecho, cuyo fin es su adecuación al fascismo (concebido como un valor supremo y general), porque los males del proceso trascienden

⁷² Neologismo que representa un movimiento ideológico en torno a la idea de proceso.

a las partes y deben ser superados como respuesta social. La verdad y la justicia deben ser alcanzadas, y los procesos deben tramitarse con prontitud, sin dilaciones. El Juez, en ambos casos, asume una “función social” que, por su carácter, se desenvuelve sobre intereses de orden público.

La oralidad, para este modelo, requiere una magistratura comprometida, proactiva y omnipresente. La oralidad sumida en las otras reglas implícitas (inmediación, concentración, continuidad) permite al Juez dirigir las postulaciones, administrar las instancias y las cargas procesales, indagar de oficio, interceder entre la prueba y las partes. Esta versión de la oralidad en los albores del siglo XX, imbuida de la ideología subyacente, supuso la inserción de una cualidad que si bien era conocida antiguamente, estaba entonces sólo asociada a los modelos escriturarios de corte autoritario, que se define por el *impulso oficioso del Juez para el avance del procedimiento (a), tanto como para la indagación en la que el Magistrado ordena de oficio medios probatorios (b)*. El ejemplo más próximo de estas atribuciones (deberes) lo conforma la Instrucción del Marqués de Gerona del 30 de septiembre de 1853 y antes en el reglamento Giuseppino de 1781, en un sistema escrito basado en el sistema de pruebas legales (Cipriani, 2000).

La “publicización” del proceso provoca su apropiación por el régimen, como instrumento. Se trata en verdad de una justificación. Como explica Cipriani “*Una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez puede hacer todo aquello que considera oportuno*” (2010, p.9).

El siglo XX, sin embargo, no logró demostrar la eficiencia y celeridad de los procesos orales. Calamandrei lamentó los pobres resultados obtenidos luego de la implementación de la oralidad por el Código Italiano de 1942 (Fix-Zamudio, 2007, p. 369).⁷³

Estructuralmente, la mayoría de las propuestas expandidas por Europa continental, y más tarde en Latinoamérica, adoptaban el Modelo de Stuttgart (ZPO alemán del siglo XIX) que escinde la oralidad en dos audiencias: 1) preliminar, para oír sanear el procedimiento (fase de postulación escrita), procurar una conciliación, o definir la prueba; y 2) vista de causa, para recibir la prueba y concluir con los alegatos.

Sin embargo, la legislación española de 1855 -fuente para los primeros códigos procesales de la nación argentina y la provincia de Buenos Aires- obturó la inmediata implementación de un modelo como el descrito. Según demostró Hugo Alsina aquella legislación se volcó al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

⁷³ Fix-Zamudio nos recuerda la reflexión de Calamandrei frente a los problemas suscitados por la implementación de la oralidad en Italia: “...*el proceso se diluye en promociones escritas en las que tanto juez como abogados se comportan como enamorados tímidos, que cuando se encuentran no saben qué decirse, pero apenas se separan, escriben larguísimas cartas de amor, que conservan por algunas semanas en espera de cambiárselas en silencio durante la próxima cita*” (2007, p. 369).

Argentina de 1880 transcribiéndose 392 de sus 810 artículos. La ley española de 1855 si bien tomó las ideas de la Instrucción del marqués de Gerona, no se erigió como sus precursores. Por consiguiente, en el pensamiento doctrinal de nuestro país la oralidad no se haría presente sino hasta el año 1937⁷⁴ con el proyecto de Código Procesal Penal para la provincia de Córdoba y posteriormente con las reformas procesales penales de la década de 1990. El fuero laboral provincial lo aplicó desde el año 1947⁷⁵. Mientras tanto, el fuero civil y comercial se debate con recurrentes propuestas y un proyecto de reforma en ciernes.

Existe una recurrente tendencia, política y académica, dirigida a proyectar reformas que adopten la oralidad, siguiendo el Modelo de Stuttgart, en todos los procedimientos judiciales. Paralelamente, han sido escasas las investigaciones dirigidas a evaluar su funcionamiento en los reglamentos que la implementaron y los problemas anejos. Una excepción ha sido nuestro proyecto acreditado en la Universidad: “*Relaciones socioculturales en el proceso judicial: oralidad, escritura y revisión de sentencias*”, 03/J010.

En la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia (SCBA) dictó la Resolución 1904/12 mediante la cual proyectó un programa piloto para la sustanciación en forma oral de procesos civiles por los juzgados adheridos, en un marco normativo escriturario. Cuatro años después, el máximo Tribunal provincial aprobó el desarrollo del proyecto de Implementación de la Oralidad en los procesos civiles mediante la Resolución 2761/16. Ese mismo Alto Tribunal celebró un Convenio Marco nro. 393 con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Acta Complementaria nro. 1, Registro nro. 412). Su objetivo fue “ *plasmar, en forma concreta y efectiva, los principios procesales de impulso de oficio, inmediación y concentración, como base para lograr una sustancial reducción de los plazos totales de los procesos de conocimiento y aumentar la calidad en las decisiones jurisdiccionales*” (SCBA, s/ f). Entre sus consideraciones, se destaca que “*el impulso de oficio se promueve en la medida que el Juzgado interviniente fija el calendario del período probatorio (centralmente las fechas de las audiencias) como mejor forma de gestionar eficazmente un proceso por audiencias. La intermediación significa que son los jueces quienes conducen de modo personal e indelegable tanto la audiencia preliminar como la de prueba. Por su parte, la concentración de los actos procesales tiene su máxima expresión en la producción de la prueba en una única audiencia de vista de causa*” (SCBA, s/ f).

El Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte se encarga de capacitar a los Jueces y a los funcionarios para el desenvolvimiento de la oralidad y la gestión del Juzgado. La Corte provincial lleva sus propias estadísticas e información

⁷⁴ Proyecto de Sebastián Soler y de Alfredo Vélez Mariconde, cuya fuente principal fue la legislación Italiana de 1913 y 1930. Entró en vigencia en el año 1940 y fue contrapunto del Código Procesal Penal de la Nación (Obarrio) de extremo escriturario. Influyó en las reformas de varias provincias argentinas.

⁷⁵ Ley provincial 5178, reformada por leyes 7718 (1971), 11.653 (1995) y 15.057 (B.O. 27/11/2018) que suprime la única instancia y erige el recurso de apelación.

oficial sobre la implementación. El programa promueve “*que los jueces asuman la efectiva dirección del proceso, tomando de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible. Una de las consecuencias, ya asentada en las prácticas forenses de la Provincia de Buenos Aires, es reasumir la ejecución de las notificaciones desde el Tribunal, con el apoyo del sistema de notificaciones electrónicas, entendiéndose además que requiere menos tiempo y esfuerzo preparar y ejecutar las notificaciones de oficio que controlar su ejecución por las partes*”. Se apuesta fuertemente al empleo eficaz de la “audiencia preliminar” para procurar conciliaciones, depurar prueba, etc. Finalmente, el modelo promueve una audiencia única de prueba denominada de vista de causa “*propiciándose el método del libre interrogatorio y, de ser necesario, las aclaraciones orales de los peritos*” (SCBA, s/f).

Este programa es coincidente con el modelo de procedimiento y gestión impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el marco del Programa Justicia 2020. El programa Nacional promueve, mediante la inclusión de los procesos civiles de conocimiento al trámite oral, la reducción de plazos y de la duración del término de prueba, un mejoramiento en la calidad de las sentencias a partir de la observancia de los principios de inmediación y concentración. También impulsa “*poner a la justicia de cara a la sociedad y mejorar la percepción ciudadana de la labor judicial*” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, s/f).

Un cuerpo de académicos ha elaborado anteproyectos de reformas procesales que se inscriben en este programa. En la provincia de Buenos Aires, el Ministerio de Justicia provincial impulsó una reforma que no logró recepción legislativa en el año 2017. Sin embargo, el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (COLPROBA) ha impulsado un proyecto de reforma similar. Previene la Comisión que “*En la línea de otros anteproyectos anteriores, se ha optado por modificar sólo las normas que se ha considerado imprescindible modificar, y por mantener la redacción del resto de ellas, para facilitar a los distintos operadores el uso de la doctrina y jurisprudencia existentes*”. Las cuestiones que la propia Comisión considera que modifican el codex son las relativas a “(i) *adecuación a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, (ii) preponderancia de la oralidad en el proceso, con una audiencia preliminar y otra de vista de la causa, (iii) introducción de un proceso de pequeñas causas, (iv) regulación de la tutela anticipada, las medidas autosatisfactivas y el procedimiento monitorio, (v) la simplificación del régimen de los recursos, y (vi) la adaptación del proceso a los nuevos sistemas informáticos*”.

2.- Consideraciones críticas para la implementación de la oralidad.

La oralidad, como regla de procesamiento y juzgamiento, no se limita a la modalidad de producción de las postulaciones y de la recepción de las pruebas, ni a la presencia del Juez en las audiencias (regla de inmediación). Presupone *condiciones* que se inscriben en el ámbito intelectual-conductual de los operadores judiciales. Dichas *condiciones* pueden ser connaturales con la cultura e idiosincrasia social dada

o, por el contrario, pueden no concurrir. En tal caso, la oralidad exige, para un desenvolvimiento eficaz y funcional, un programa que procure incluirlas a partir de su concientización, educación y culturización jurídicas.

Las *condiciones* son: a) respeto estricto del uso del tiempo; b) funcionalidad teleológica; c) funcionalidad pragmática; d) flexibilidad y consensualidad dinámica; d) capacitación de los operadores.

Sin el abordaje programático de las *condiciones*, la oralidad se desnaturaliza, pierde su eficacia y no logra escindirse del modelo escriturario que se enlaza a través de las actas y registros tales como videgrabaciones.

3.- Desarrollo de las condiciones

3.1. Respeto estricto del uso del tiempo

La oralidad presupone que el desarrollo de las postulaciones (alegatos, por ejemplo) y la producción de los medios probatorios se realicen en el marco de una audiencia. La audiencia supone, en sentido jurídico existencial, simultaneidad. La simultaneidad es tanto temporal como espacial. Se inscribe con interacción de personas y autoridad y esa interacción debe ser cooperativa.

De modo que sus características son: simultaneidad, interacción y cooperación.

Acompañada de otras reglas, como la inmediación, celeridad y la continuidad, determina la presencia del Juez y la producción conjunta de postulaciones y pruebas. En definitiva, supone una unidad jurídica materializada como actividad procesal, aunque probablemente integrada con varios actos.

En el modelo escriturario la postulación singular de las partes, la producción de las pruebas en forma sucesiva y discontinua, aun cuando algunos medios se recepcionen con audiencias (por ejemplo, las declaraciones testimoniales), no supone simultaneidad.

Analizado desde esta perspectiva, la oralidad implica la interacción simultánea de conductas que enlazan a la autoridad y sus auxiliares, las partes, los abogados y los terceros. Pero también involucra el uso de medios y recursos: espacios u oficinas, salas, sistemas tecnológicos de comunicación, etc.

Esto implica que las personas deben disponer del tiempo necesario para que la convergencia e interacción puedan producirse. Pero no cualquier momento, sino del mismo lapso, por acción de la simultaneidad.

Los problemas usuales del tiempo en el proceso radican en la demora que puede llevar a la negación misma del proceso por pérdida de *eficacia*. De modo que aquello que se emprende fundado en la eficacia culmina, por el ingrediente temporal, privándola; obrando como negación de sí misma. El tiempo no es el verdadero problema. El problema es la *demora*.

Demora significa, en la acepción aquí empleada, “tardanza, dilación”⁷⁶ y constituye un “vicio”. Toda demora surge del cotejo entre la actividad proyectada y la cumplida. De modo que existen dos parámetros: a) el estático, consistente en la actividad proyectada (la fijación de una audiencia con lugar y fecha precisa y determinada antelación); b) el dinámico, la conducta concreta en su expresión temporal, que servirá de parámetro para hacerlo efectivo.

Como ya sostuve, en la oralidad el parámetro dinámico -a diferencia de la escritura- se desenvuelve con interacción de conductas y cooperación.

Llevado al plano conductual se puede expresar a través de la comparación de la conducta esperada (dimensión estática) y la conducta cumplida (dimensión dinámica).

Advertidas las características de la oralidad (interacción, cooperativismo y simultaneidad) haré algunas precisiones.

Una audiencia se circunscribe temporalmente entre el horario de inicio, el lapso de su desarrollo y un horario de cierre. Este último supone posibles suspensiones para continuar en momento o día posterior, retomando la actividad.

La dimensión estática reclama una adecuada capacidad para planificar y prever, conforme la naturaleza de los actos que deban practicarse y las complejidades del caso, la extensión temporal de la actividad. Además deben considerarse los efectos que el transcurso del tiempo ininterrumpido de una actividad provoca en la atención de las personas (parámetro alejado usualmente de la preocupación de nuestros operadores). En definitiva, la dimensión estática reclama *gestión judicial*, planificación y conocimiento de las capacidades humanas regulares para la atención y la concentración.

Existen varias circunstancias que conspiran con el uso del tiempo y, por tratarse de una condición de la oralidad, desnaturalizan o incluso hacen fracasar el funcionamiento de esta regla.

Uno de los factores es la impuntualidad. La impuntualidad está inserta en nuestra cultura. Los tribunales fijan sus audiencias a sabiendas de que el horario es meramente indicativo. Los funcionarios, conociendo esta práctica, suelen aguardar en sus oficinas abocados a otras tareas, hasta que se los convoque. Las partes y sus

⁷⁶ Diccionario de la Real Academia Española.

abogados quedan boyando en los pasillos o recepción de las oficinas a la espera de que en algún momento se inicie la audiencia. Suelen transcurrir desde minutos hasta horas de vacío temporal, o tiempo muerto. En esta oportunidad las partes, muchas veces enemistadas, comparten un mismo espacio, manteniendo esporádico contacto visual y exacerbando las pasiones, sin obtener ningún auxilio. En ocasiones una de ellas debe esperar en la calle, fuera del órgano jurisdiccional, para evitar la permanencia en cercanía de la contraparte, que aguarda en la mesa de entradas. También es frecuente ver niños o personas mayores aguardando, sin entender bien de qué se trata. En el fuero de familia, los niños suelen documentar la escena. Se entremezclan policías, cadetes, abogados, etc. Una variante para el *proceso* de Franz Kafka.

Los abogados que asisten a la audiencia no están exentos de problemas. En primer lugar su propio tiempo, que es parte de su recurso profesional. En su agenda pueden acopiar varias audiencias durante un mismo día, incluso de distintos fueros. La impuntualidad termina aniquilando el ejercicio activo de la profesión, en especial cuando la tendencia a la oralidad alcanza todas las materias. Sobre esta cuestión poco se ha dicho.

La oralidad en todos los procedimientos (mediación prejudicial, civiles, penales, laborales, familiares, etc.) promete multiplicar el caos y dificultar, sino imposibilitar, el ejercicio profesional. La demora en el Juzgado “a” para iniciar una audiencia prevista a las 8 de la mañana termina retrasando al mismo abogado que deberá asistir a la audiencia del Juzgado “b”, prevista a las 9:30 horas. Con esto, perjudica al resto de operadores de ese segundo órgano. No sería extraño que el abogado de la contraparte, en el Juzgado “b”, deba demorar su asistencia a la audiencia que se le había fijado por el Juzgado “c” a las doce del mediodía. Sin considerar que los Juzgados “b” o “c”, independientemente de la demora provocada por el Juzgado “a” o “b” (respectivamente), también difieran la iniciación por razones autónomas. Este ejemplo demuestra la interacción de la oralidad en las conductas y también en el sistema. Si se trata de recursos comunes, como salas de audiencias, tecnologías, medios de comunicación a distancia (v.gr. teleconferencia), la dilación impide el uso del medio por otros órganos. Porque la demora en el inicio de una audiencia no sólo afecta a las personas que asisten sino a todo el sistema de justicia.

Pensar la oralidad exige considerar las condiciones de eficiencia y posibilidad. Entre estas, el ejercicio de la abogacía. Si no se conoce cuándo comienza una audiencia, menos aún podrá saberse o conjeturarse sobre su culminación.

Analicemos la afectación a terceros. Por ejemplo, los testigos. Suelen ser citados con antelación a la hora de inicio de la audiencia, a sabiendas de que no comenzará en término. Suelen ser “depositados”⁷⁷ en un pasillo sin demasiada ex-

⁷⁷ El término es fuerte. Sin embargo representa con adecuada fidelidad lo que suele ocurrir con los testigos que, agrupados, esperan horas y horas en los pasillos de Tribunales sin que importen sus necesidades y ocupaciones, ni tenga previsibilidad sobre la extensión de esa estadia.

plicación y sin interesarse por su propio tiempo. Cuando se trata de peritos oficiales, conocidos ya por el tribunal, se hace una excepción y obtienen el derecho a ser llamados unos minutos antes de su declaración, para que *no se los afecte en sus funciones* (como si el tiempo del resto de las personas no fuese también importante).

La demora proviene fundamentalmente de la impuntualidad, pero también de la falta de optimización de su decurso y de no eliminar retardos ulteriores a su realización, generalmente derivados de la confección y firma de las actas. La oralidad, en nuestra región, no logra desprenderse de la yuxtaposición de registros escritos, como las actas. La tendencia práctica es complejizarlas, y, una vez culminada la audiencia, las partes y abogados permanecen afectados porque los secretarios, a cargo de su elaboración, deben redactarlas. En algunos casos insumen algunas decenas de minutos. Pero en otros, pueden demorar horas. Todo depende. El acto terminó, el magistrado se retiró, los funcionarios también (ya que a ellos se les permite suscribir el acta el día siguiente), pero las partes deben permanecer.

Existen también adicionales problemas funcionales y estructurales del sistema de justicia que no compatibilizan con la oralidad. Durante los últimos ciento cincuenta años son escasos los cambios estructurales. Y más allá de las reformas de los procedimientos, los cambios culturales, tecnológicos y la complejizada sociedad, aquél se preserva con características similares a las de antaño. La estructura judicial se ha burocratizado alcanzando niveles asombrosos de rigor administrativo. Las tecnologías aplicadas a los procesos y en particular al acceso a la información de los expedientes se ha destinado más a estos fines, incluso estadísticos, que a su eficacia. Existe más accesibilidad, pero cada vez mayor incomunicación entre los operadores. Las estructuras burocratizadas con esquemas de delegación de funciones, propias de la Magistratura y del Ministerio Público Fiscal, tornan obsoleto el aparato de justicia. Y no es un problema de procedimientos sino de estructuras y funcionamiento, con una clara ausencia de los valores u objetivos comunes.

La oralidad en un esquema burocrático -que cada vez quiere escuchar y observar menos-⁷⁸ conduce al agravamiento del problema que intenta solucionar. Deshumaniza.

El sistema de justicia reconoce horarios de atención al público reducidos (6 horas durante los días hábiles, y con un mes y medio de feria judicial anual). Ese mismo horario es el que usualmente se emplea para la producción de audiencias orales. Y éstas suelen ceñirse a la franja útil de trabajo (entre las 8.30 y las 13.30). Excepcionalmente se extienden más allá de ese horario. Y cuando ocurre ya no se cuenta con la presencia del personal completo del órgano, limitando la capacidad

⁷⁸ Nuestra investigación: Relaciones socioculturales en el proceso judicial: oralidad, escritura y revisión de sentencias, 03/J010. La revisión amplia de las decisiones obtenidas de la dialéctica oral, implica que otro órgano de justicia, superior, decidirá sin intermediación y sobre la base de registros documentales.

operativa del Tribunal.

La impuntualidad, según los expertos⁷⁹, reconoce razones psicológicas y es-

⁷⁹ La prensa ha prestado atención a estos problemas. Así por ejemplo, el Diario La Nación en un artículo denominado “Llegar tarde a la escuela: un problema que sufren cada vez más chicos y maestros” autor Daniel Santa Cruz publicado el 30/09/2016 (Consultado el 25/05/2019) señala “Estatísticamente en educación inicial y en el primer ciclo de la educación primaria, 3 de cada 10 alumnos llegan tarde habitualmente. Este porcentaje baja en el segundo ciclo de la primaria y en el primero de la secundaria y vuelve a subir a esos niveles en los últimos años de la educación media. En los últimos 10 años el tema de la puntualidad empeoró” y añade “En la Ciudad se estima que más del 30% de los alumnos no respeta el horario de entrada; algunos directores imponen reglas estrictas para evitar la impuntualidad”. Grafica “Paula es maestra de una escuela pública de nivel primario de Bernal. Cuenta que la directora hace esperar a los chicos que llegan tarde en el patio hasta que el resto termine de saludar a la bandera y entre al aula. Es su forma de sancionarlos. No les permite que entren una vez que sonó el timbre, pero suele pasar que hay días, sobre todo los lunes, en los que quedan más chicos afuera que adentro”. Señala “Pero la impuntualidad no sólo se da en el horario de ingreso: también existen casos en los que los papás llegan tarde a buscar a sus hijos a la salida de la escuela, sobre todo en el nivel inicial. Muchas veces me tuve que quedar esperando a alguna mamá que no llegó a horario a retirar a su hijo al jardín, cuenta Pamela, maestra de un establecimiento privado de Belgrano. Cuando hay alguna actividad escolar a contraturno, a veces, para retirar a sus hijos, se retrasan hasta una hora, agrega”. Explica “Para Silvina Gvirtz, especialista en educación y secretaria de Políticas Educativas de La Matanza “es esencial que los padres respeten tanto el horario de entrada como el de salida” y completa: “En el caso del horario de entrada hay varias razones. La primera es educativa. Los estudiantes tienen que educarse en una cultura en la que se respeten los horarios como parte de la convivencia social y como parte de su formación a futuro para el trabajo. Cuando los chicos llegan tarde, se pierden parte de la clase, no pueden aprender bien e interrumpen el trabajo colectivo que se está haciendo en el aula porque, entre otras cuestiones, generan distracción en los otros estudiantes que ya están en tarea. También cuando los padres llegan tarde a la salida y no fue debidamente informado con antelación, se produce en el menor angustia y los educadores tienen problemas porque se les dificulta el cumplimiento de otros compromisos extra escolares”. Por su parte, con la firma de Irene Hartmann, Clarín publicó la nota “Impuntualidad a la argentina: aunque llega tarde, la gente cree que es puntual” publicada el 10/08/2018 (Consultada el 25/05/2019). Dice **“en Argentina la puntualidad tiene valor relativo:** la cita “en punto” es un puntapié que da curso libre a la interpretación. Y así, mientras en países como Suecia “la puntualidad es de oro”, cuenta Nicolás Speraggi, un argentino pisando los 40 que vive en Estocolmo, **en Argentina la tolerancia de espera es de al menos 15 minutos:** casi la mitad de los 800 mayores de 18 años encuestados por D’Alessio IROL consideró que debe pasar ese lapso para considerar al prójimo impuntual. Y lo llamativo: **para el 10% de los consultados debe transcurrir media hora.”** Añade “El tema es que -invocando un símbolo de la idiosincrasia local- **a muchos de los impuntuales argentinos no les gusta la impuntualidad ajena:** la mitad de quienes admiten no llegar a horario reconoce “fastidio” ante las demoras de los otros. Preguntados por la impuntualidad en sentido general, el 82% de quienes se juzgan impuntuales le otorga entre “alguna” y “mucho” importancia al asunto. No les da igual. Eduardo Rodríguez Moreno es psicólogo y está a cargo del curso ejecutivo de Administración del Tiempo que se dicta en la UADE. El experto introduce un elemento central ya que, para él, **la puntualidad cuelga de la motivación:** “Llegar a horario está íntimamente ligado con la motivación que a la persona le signifique aquello que va a hacer”. Las prácticas se vinculan a posibles premios y castigos. Explica la nota “Para Roussos “la puntualidad es un acuerdo, y hay quienes frente a los acuerdos son más flexibles que otros. Pero también hay un tema de **premios y castigos:** podés valorar la puntualidad, pero si no te castigan por llegar tarde, lo vas a seguir haciendo”. Rodríguez

pecialmente culturales. Para algunos se relaciona también con tradición, economía y educación. Las sociedades más desarrolladas económicamente valorarían más el tiempo porque es una expresión de la economía. Perder tiempo es perder dinero. Las razones educativas están dadas por la consideración del otro. En especial porque los estudios indican que incluso las personas que son consuetudinarios impuntuales reprobaban la impuntualidad del prójimo, en especial si los hace esperar.

En el fondo de la cuestión subyace la consideración que tenemos del otro y es allí donde la educación juega un papel trascendente. Si un paciente tiene una demora para llegar al consultorio médico a la hora precisa del turno, dando aviso que llegará tarde, ha provocado un desorden para el médico pero también -probablemente- para el resto de los pacientes. El médico, si es ordenado y no tiene demoras, perderá el lapso reservado al paciente tardío, ya que no debería tener reemplazo en ese momento. Frente al problema existen soluciones posibles. ¿Qué crees que pretende el paciente tardío?. Seguramente que una vez que arribe al consultorio, tardíamente, se tercie su atención entre el paciente que está con el médico y el que prosigue en el turno. Un médico ordenado adoptaría otra solución. Atenderá al paciente tardío al final de la jornada, sin perjudicar al resto de los pacientes que respetan el turno. Esto demuestra que el respeto por el tiempo es también el respeto por el otro. Y la impuntualidad importa, en caso de interacción, afectar al otro.

Nuestra cultura es escasamente disciplinada en reglas de convivencia y conducta. Es típicamente impuntual e individualista. No son infrecuentes los ejemplos de falta de respeto por el otro, de prepotencia y de la aplicación de la ley de la fuerza.

La oralidad supone una actividad cooperativa, especialmente educada y respetuosa. Y nuestra sociedad no reúne las cualidades idóneas para que ocurra espontáneamente.

La puntualidad determina que para que una audiencia fijada a las 9 horas comience en el término previsto, los intervinientes deben estar presentes en la sala con anterioridad.

3.2.- Funcionalidad teleológica

La oralidad no es un fin en sí mismo. Es frecuente que los operadores asocien la regla a la *meta*, haciendo de la oralidad un sacramento. La actividad procesal, que es el fenómeno susceptible de atención, aneja una función finalista o teleológica. Para esa tarea el operador debe estar adecuadamente capacitado y permanentemente consciente de los *por qué* y *para qué* de la actividad. Cuando la práctica se ritualiza con el solo propósito de cumplir con una disposición, la oralidad en lugar de erigirse como una modalidad eficiente opera como un lastre que dilata y buro-

Moreno coincide: “La penalidad introduce un elemento importante en cuanto a la motivación””.

cratiza al proceso.

Así por ejemplo, si los procesos de familia contemplan la intervención previa de un Consejero de Familia, las entrevistas que realice deben inscribirse en el contexto (por qué) y la meta (para qué) que establecen su función. En tales casos parece un contrasentido que las partes permanezcan en la sala o pasillos del órgano jurisdiccional y se convoque sólo a sus abogados “para evaluar si ha existido algún acercamiento”.

Es frecuente que los modelos de procedimientos a base de audiencias, sigan el esquema Stuttgart. El procedimiento prevé dos audiencias. Una preliminar y la segunda de vista de causa. La primera suele tener tres objetos: a) depurar la prueba ofrecida para optimizar la fase siguiente, la celeridad y eficiencia del proceso; b) promover la conciliación; y c) depurar la etapa, haciendo precluir la posibilidad de tachas de nulidad y cuestionamientos de competencia. Ahora bien, convocar una audiencia preliminar no para ofrecer pruebas sino para tratar las que fueron propuestas por escrito, presupone que el Juez tomará conocimiento previo de los hechos controvertidos y de modo personal. De ese modo podrá admitir o desestimar medios superfluos, sobreabundantes o inconducentes en razón de los hechos articulados y los controvertidos. Si no lo hace recurrentemente, la audiencia se desnaturaliza y termina sucediendo aquello que advertimos en la práctica tribunalicia: se concurre a la audiencia, antes de ingresar un funcionario del Juzgado (y escribiente) consulta a los abogados si ratifican los escritos de ofrecimiento o desisten de algún medio, para luego leer brevemente el acta tipo preconfeccionada⁸⁰. El Juez ya no está presente. Sería una pérdida de tiempo (tiempo que también debería ponderarse en relación a las partes y sus abogados). En estos casos, la audiencia continúa llevándose a cabo con rigor, ningún acta adolece de la firma del Magistrado a pesar de que no compareció.

En sede penal suele utilizarse como un medio para prorrogar el plazo para ofrecer pruebas, ya que posibilitaría ampliar las propuestas en los escritos.

La ruptura entre el fin de la actividad y su desarrollo hace de la oralidad un modelo ritual.

3.3. Funcionalidad pragmática

Además de la funcionalidad teleológica, que se asienta en las normas de procedimiento, opera su funcionalidad específica o pragmática. La del caso.

El Juez debe verificar en forma concreta si la audiencia resulta idónea en el

⁸⁰ El acta tipo reza algo así: “las partes manifiestan que no han arribado a un acuerdo y ratifican los medios de prueba ofrecidos oportunamente y las oposiciones, no siendo para más...”.

caso para cumplir la finalidad. Si se trata de una funcionalidad abierta, de tipo multipropósito, debe considerarse su aptitud para el cumplimiento de alguno de estos.

Esta condición indica que debe prescindirse o limitarse aquellas que han perdido su utilidad u objeto.

3.4. Flexibilidad y consensualidad

Toda audiencia presenta aspectos operativos y dinámicos. Salvo el uso del tiempo, que, como hemos visto, no debe ser impreciso y debe preservarse la puntualidad, el resto de su dinámica debe desenvolverse con criterio flexible, privilegiando la consensualidad sobre el rito.

Por ejemplo, un procedimiento puede fijar rígidas pautas para la continuidad de la audiencia, previendo lapsos inconvenientes para el caso, mientras las partes y el Juez están de acuerdo en ampliar levemente la pauta (v.gr. aplazar por dos días la continuidad de la audiencia, no obstante que la ley exige no superar las 24 horas).

Estas condiciones se relacionan también con la incorporación por lectura o en forma audiovisual de medios preexistentes en reemplazo de la convocatoria del testigo. Si existe acuerdo total de las partes y anuencia del Juez ninguna regla debería prohibir el trocamiento, exigiendo que el testigo comparezca. Existen experiencias en el fuero de responsabilidad penal juvenil. El procedimiento impone la producción de todos y cada uno de los medios en forma oral durante la audiencia. Así por ejemplo, en lugar de incorporar un certificado médico (o historia clínica), habría que convocar al médico que la suscribe para que testifique. La rigidez puede conducir a verdaderos sinsentidos: el médico es convocado; antes debe leer el documento que no se incorpora, para reeditararlo con la palabra; si no lo recuerda se intentará por todos los medios que lo haga, y si no es posible, se le permitirá su lectura en la audiencia. Entonces el testigo dirá: sí, es mi firma, reconozco el documento y luego de leer su contenido o repetirlo quedarán todos satisfechos.

3.5. Capacitación permanente de los operadores

El contacto interpersonal con las partes y abogados torna imperiosa la capacitación de los operadores dirigida a optimizar la gestión judicial, fomentar el trato respetuoso, la escucha del otro y fundamentalmente a reducir el impacto de los “micro-conflictos”. Son “microconflictos” los que se generan en ocasión del proceso a partir de las postulaciones antagónicas efectuadas en simultaneidad. La vehemencia de las exposiciones, la exteriorización verbal de las pretensiones, los interrogatorios a testigos y las incidencias entre abogados y el tribunal erosionan el “clima” de la audiencia, cohesionan a las partes y promueven el enojo de los profesionales a quienes

muchas veces les cuesta despersonalizar las posturas y alocuciones.

Las pasiones se intensifican y los abogados sienten la presión de sus clientes quienes están auditando su labor y reclaman al menos la misma vehemencia que el adversario, para sentir que se justifica su trabajo.

El lenguaje corporal que tan útil es para la formación de convicción, complementando la palabra y el lenguaje paraverbal, se presenta como un remedo de sentimientos: la abulia de un magistrado que no está dispuesto a escuchar, o su empatía con una de las partes, o por el contrario, el desagrado, las alocuciones de los abogados que con el tiempo se tornan conocidas por los demás operadores -en quienes desencadena el vicio del cansancio y agobio-.

El juicio por jurados es un bálsamo para la oralidad, ya que la dinámica de composición del jurado promueve un desenvolvimiento no rutinario, prácticamente único en cada juicio. Si bien el Juez se inscribe en la cotidianeidad, su función es bien diferente a la que ejerce cuando el juzgamiento se produce sin jurados.

Los micro-conflictos son recurrentes, frecuentemente afectan la calidad laborativa y el servicio de justicia. Provocan enemistades y animan los peores sentimientos.

La capacitación permanente es imprescindible para sostener el desenvolvimiento de la oralidad en el tiempo, su eficiencia y la humanización del proceso a partir del contacto interpersonal.

El trato respetuoso, la consideración del otro, aun cuando sea un adversario, la perspectiva de género, la protección de niños, niñas y adolescentes, la consideración de las personas mayores y la ancianidad, son elementales para la construcción del entramado humano con aptitud para tramitar procesos orales.

4.- Conclusiones

Nuestro proyecto acreditado en la Universidad reconoce como antecedentes algunos disparadores de la investigación “*Relaciones socioculturales en el proceso judicial: oralidad, escritura y revisión de sentencias*”, 03/J010 y el desarrollo de proyectos de estudio.

Los tópicos de este trabajo serán observados y verificados con la tarea que depara en el marco del Departamento Judicial Azul, un ámbito que comprende once Partidos del interior de la provincia de Buenos Aires.

Si la educación puede medirse por la capacidad de reprimir los impulsos para obrar pacíficamente y con la palabra y para respetar las reglas de convivencia, la

oralidad conforma un modelo para una sociedad muy educada, respetuosa del otro, capaz de reprimir sus impulsos para habilitar la expresión, el diálogo y el tratamiento simultáneo y cooperativo de los litigios.

Nuestro diagnóstico señala que estamos lejos de ese presupuesto. Pero quizás tengamos la oportunidad, a partir de su concientización, de adoptar la oralidad para nuestros procesos una vez que logremos las condiciones programáticas que la hacen posible.

Bibliografía:

Alsina, Hugo (1941), *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires.

Alvarado Velloso, Adolfo (2015), *Lecciones de Derecho Procesal*. Adaptadas a la legislación Procesal Civil y Penal por Gustavo Calvino y Gabriel H. Di Giulio, Astrea, C.A.B.A.

Aronowsky, Andrés Baytelman – Jaime, Mauricio Duce (2004), *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, editado por Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

Carnelutti, Francesco (1994), *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Librería el Foro de Buenos Aires, C.A.B.A.

Chayer, Héctor M. - Marcet, Juan Pablo (coords) (2016), *Nueva gestión judicial: oralidad en los procesos civiles*, Ediciones SAIJ, C.A.B.A.

Cipriani, Franco (2000), *En el Centenario del Reglamento de Klein*, traducción de Adolfo Alvarado Velloso, Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales; publicada en: der.unicen.edu.ar; <http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2000> (Consultada: 13/04/2019)

Ciuro Caldani, Miguel Ángel (1993), *Bases iusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1993.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel (1998), *Filosofía de la Jurisdicción*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2000), *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2002), *Lecciones de Teoría General del Derecho*, publicado en revista “Investigación y Docencia”, n° 32, p. 33 y ss.

Couture, Eduardo J. (1998), *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires.

- Devis Echandía, Hernando (1970), *Teoría General de la prueba judicial*, Zavallía, Buenos Aires.
- Eisner, Isidoro (1964), *La prueba en el proceso Civil*, publicaciones de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Falcón, Enrique M. (2006), *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- Ferrajoli, Luigi (2014), *Escritos sobre Derecho Penal*, coordinación de Guzmán, Nicolás, tomo 2, Hammurabi, CABA, 2014.
- Ferrari, P. (2016), *Gestión Judicial: medición y evaluación de desempeño en la Oficina Judicial*, Librería Editora Platense, La Plata.
- Fix-Zamudio, Héctor (2007), *Aproximación al Estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal*, publicado en AAVV, Estudios jurídicos en homenaje a Cipriano Gómez Lara, México, Porrúa, pp. 347-426.
- Foucault, Michel (2007), *La Verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, impreso en Buenos Aires.
- Goldschmidt, James (1936), *Derecho Procesal Civil*, traducción de L. Prieto Castro, Labor, Barcelona.
- Goldschmidt, James (1961), *Principios Generales del Proceso*, E.J.E.A., Buenos Aires.
- Jung, C. G. (1977), *El hombre y sus símbolos*, Caralt Editor, Barcelona.
- Kessler, Miguel (director) (2017), *Capacitación y herramientas para la litigación oral civil y penal*, edición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, C.A.B.A.
- Krech, David – Crutchfield, Richard S.- Ballachey, Egerton (1978), *Psicología Social*, tercera edición, Biblioteca Nueva, traducción del Dr. Alfonso Alvarez Villar, Madrid.
- Martín, Adrián N. (dir.) – Guereño, Indiana – Larsen, Pablo (coord.) (2017), *Aprender a litigar en sistemas adversariales*, edición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, C.A.B.A., 2017.
- Meroi, Andrea A. (2010), *Oralidad y Proceso Civil*, La Ley, 20/07/2010, 1.
- Montero Aroca, Juan (coord.) (2016), *Proceso Civil e Ideología*, 3ra. Edición, Astrea, Buenos Aires.
- Morello, Augusto M. (2005), *El nuevo horizonte del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Oteiza, E. (2009), *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino*. Recuperado de [http://www. Uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip4arg.pdf](http://www.Uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip4arg.pdf)

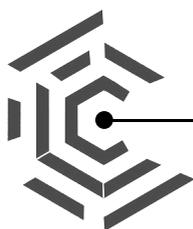
Palacio, Lino Enrique –Alvarado Velloso, Adolfo (1989), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe.

Quiroga Lavié, Humberto (1998), *La formación del Derecho Procesal Organizacional*, editado por la Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, CABA.

Rawls, John (2006), *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 6ta. Reimpresión, España.

Villadiego, C.; Pereira, S. & Chayer, H. M. (2009), *Bases generales para una reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe*. Recuperado de www.ccjamericas.org

El proceso penal y la concepción de verdad subyacente. Un abordaje epistemológico.



Pablo Salituri

Resumen

La presente ponencia es el resultado de estudios que se vienen desarrollando sobre los presupuestos epistemológicos en relación con la verdad, que subyacen en los modelos antagónicos de proceso penal. Los dos modelos reinantes a la hora de estructurar y desplegar un proceso penal son definidos por la doctrina como inquisitivo, por un lado, y acusatorio, por el otro. El primero presupone la culpabilidad, y en el cual el proceso es *per se* un castigo, con prisión preventiva como moneda corriente y gesto punitivo ejemplar basado en la sospecha de un crimen, considerando al imputado como objeto de la persecución penal. En él, se concibe la verdad como un fenómeno humanamente cognoscible, al que se puede acceder a través de distintos caminos, por ejemplo, la confesión. Sin embargo, desde el paradigma acusatorio, según los criterios establecidos por el garantismo procesal de Alvarado Velloso, el proceso es un método de conocimiento, que presupone la inocencia. Es entonces una garantía individual frente al intento de imponer una pena por parte del Estado, que considera al sujeto del proceso con dignidad, asegurada por las garantías que impiden la confesión y en el que su declaración constituye un medio de defensa y no un medio probatorio. Así, subyace en el modelo adversarial un concepto de verdad construida bilateralmente por oposición, con posibilidad de afirmar para una parte, pero también de negar para la otra.

El bloque constitucional -integrado por la Constitución Nacional y los tra-

tados internacionales incorporados y ratificados- adopta el sistema acusatorio, y en los art. 16 y 18 de la Carta Magna hay una clara muestra de ello. Previo a la reforma de 1997, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, CPPBA) transitaba en las filas de un criterio inquisitivo. A partir de esta modificación, en armonía con la Constitución Nacional, ha acogido el modelo contradictorio. Sin embargo, algunos resabios inquisitoriales permanecen presentes en el Código, al menos desde la redacción dada. En este sentido, es oportuno analizar la finalidad del procedimiento de la investigación penal preparatoria (IPP), reflexionando sobre la actual redacción del artículo 266 del CPPBA, el que, pese a encontrarse inmerso en un sistema acusatorio, pareciera no ser coherente con los criterios diferenciadores del modelo inquisitorial, y tampoco con el estadio actual de la epistemología respecto de la verdad y su conocimiento.

Prosigue entonces, elaborar reflexiones acerca del concepto de verdad que subyace en el CPPBA, esbozando previamente dispositivos epistemológicos que brindan la estructura necesaria para poner en crisis la actual redacción del art. 266 del mencionado corpus legal.

1.- Algunas consideraciones epistemológicas sobre la verdad.

La verdad es un fenómeno en estudio por diversos tipos de conocimiento y desde distintas perspectivas. Incluso, en Derecho, las ramas o subsistemas que la conforman permiten establecer ciertas precisiones. La exigencia en la rama civil, sostiene que es verdadero lo no controvertido por las partes (actor-demandado), procurando la llamada verdad formal⁸¹. En cambio, parte de la doctrina sostiene que en el proceso penal se busca la verdad material o real, la verdad en sentido aristotélica, conocida como verdad por correspondencia o adecuación, y en la que coincide lo que se conoce del objeto con lo que el mismo es (Vélez Mariconde; 1981)⁸².

Sin recorrer un concepto historicista del concepto de verdad, es necesario dar cuenta de ciertos hitos evolutivos que acontecieron, para acceder al estado actual en el tópico y sentar así las bases sobre los presupuestos epistemológicos en que se pueden subsumir los dos modelos de proceso que se analizarán ulteriormente.

Al definir las corrientes que se han referido al conocimiento – y con ello a la verdad- es pedagógicamente útil trazar una división en dos posturas que, si bien no han sido homogéneas, presentan rasgos característicos similares que permiten esquematizarlas.

⁸¹ La verdad en la rama civil, surge del proceso en torno a la afirmación y negación de las partes. En caso de no ser controvertido (no negado categóricamente) se tiene en principio por verdad. Distinto en el proceso penal, dado que no es posible desplegar un proceso con el imputado en rebeldía.

⁸² Según Vélez Mariconde (1981), es “identidad entre la realidad ontológica y la noción ideológica”.

Así, una postura considera la verdad como un supuesto objetivo que acaece en el magma fenoménico y pasible de ser conocida. Es decir, la verdad es observada con independencia del sujeto que la concibe. Así, Sócrates sostenía que la verdad es absoluta e inmutable, y proponía el método de la mayéutica para conocerla. En igual sentido, Francis Bacon, padre del empirismo, propugnaba la posibilidad de arribar a conocimientos que sean necesarios y generales, válidos en todo espacio, lugar y tiempo. Ulteriormente, el positivismo científico, que emerge a principios del siglo XX haciéndose eco de estas consideraciones, reafirma -con Augusto Comte- la formulación de un saber sin conclusiones contingentes ni particulares, y le exige a la ciencia social emular el método de las ciencias de la naturaleza, sin contemplar que el objeto de estudio presenta particularidades distintivas a las ciencias duras.

Desde otro paradigma, y coetáneamente a Sócrates, los sofistas expresaban que la verdad es relativa y debe ser argumentada, y aplicaban a tal fin el método de la retórica, mecanismo para legitimar lo que el exponente considera verdadero. Por su parte, polemizando la doctrina de Bacon, René Descartes manifestó lo trascendente de dudar de todo, aún de lo que se nos presenta como obvio. Propuso no dar por sentada ninguna afirmación sin previamente atravesarla por el filtro de la razón, siendo este el mejor camino a recorrer para lograr un saber (Glavich Eduardo;1998). Por último, Karl Popper (1983) refutará al positivismo, planteando acertadas críticas al verificacionismo. Más adelante, se retomará este punto.

Queda así plasmada, de manera general y abreviada, la diferencia entre una corriente para la cual la verdad es absoluta, inmutable, general, necesaria, y que será válida con autonomía respecto del sujeto que la sostenga, y otra postura que sostiene un concepto de verdad relativo, razonable, y cuyo acceso por el conocimiento humano es complejo, al punto de tornarse utópico.

Sin dudas, es oportuno traer a colación que, en el desarrollo de la teoría del conocimiento, Immanuel Kant marca un hito del que no podemos apartarnos, transformando de una vez y para siempre la relación cognitiva al superar la antinomia metódica entre empirismo y racionalismo, aunque sin descartarlos definitivamente, sino realizando una síntesis de ambos.

Conforme las enseñanzas kantianas, tanto la experiencia como la razón son métodos insuficientes para lograr el conocimiento universal y necesario que toda ciencia debe obtener. En este andarivel, el mencionado filósofo, formuló observaciones precisas, afirmando que el inductivismo empírico realiza “juicios sintéticos” a posteriori (luego de la experiencia), útiles para aportar nuevos saberes, pero sin generar leyes universales y necesarias. En cambio, sostiene que la corriente racionalista, mediante “juicios analíticos” obtiene leyes generales y permanentes, sin aportar conocimiento novedoso (Kant, 2000).

Desde esta perspectiva, conocer no es un puro y simple acto pasivo del

sujeto, no es recibir datos de lo que estudiamos u observamos, sino que implica elaborarlos, construirlos y sintetizarlos mediante el orden de las formas a priori denominadas categorías universales de los sujetos pensantes que realizan la actividad formadora o trascendental.

El aporte kantiano evidencia que, en la relación de conocimiento, lo que podríamos llamar verdad no es un ser “en sí” mismo sino un ser objeto, un ser “para ser” conocido, colocado en este sitio por el sujeto cognoscente (al que podemos identificar como fiscal-investigador) que se aparta así de la esencia del objeto. La dialéctica resultante demuestra que no hay objeto-sujeto en sí, sino que para conceptualizarse hay una determinación de uno por el otro (fiscal-verdad). El objeto es tal ya que va a ser estudiado por un sujeto, que adquiere esta condición debido a que está destinado a conocer un objeto. En esta indisoluble, irreductible, e inquebrantable correlación del sujeto y el objeto, está el secreto de todo de lo que se llama idealismo trascendental. El entendimiento no es una facultad pasiva que se limita a recoger los datos procedentes de los objetos, sino que es pura actividad configuradora de la realidad.

Se observa, en la epistemología de Kant, que el hombre no es un receptor pasivo de los estímulos que provienen del mundo, sino un interpretador constitutivo, que ordena el caos de datos que recibe del fenómeno. Conforme las enseñanzas de este autor, se puede inferir que el fiscal -en tanto sujeto cognoscente- construirá la “verdad”, o al menos su percepción o teoría sobre la misma, lo que luego analizaremos con más detenimiento.

Es oportuno recuperar lo mencionado respecto del positivismo previamente. Esta teoría irrumpe en las primeras décadas del siglo XIX, como una nueva forma de comprender el conocimiento sobre los fenómenos sociales, mediante su equiparación a las ciencias naturales. De este modo, reina una corriente que asevera que la verdad se puede concebir mediante un método, el empírico experimental, despojado de las pasiones, los sentimientos, la valoración y toda carga teórica que a priori pueda tener del sujeto conocedor. El monismo metódico legitima la objetividad. Ver, para creer.

Años después, Karl Popper critica a los hombres positivistas del círculo de Viena afirmando que su verificación está ligada a un dogma empirista que no se puede sostener, controvirtiendo así que la certeza absoluta sea pasible de lograrse. Para el positivismo lógico, el edificio de la ciencia se construye sobre las piedras basales de los enunciados elementales, protocolarios. Si bien es innegable que una relación importante une las experiencias perceptivas a los enunciados de base, no hay tal justificación empírica, sino que los enunciados elementales solo se pueden sustentar mediante otros enunciados, y por ello no hay percepción que no suponga una interpretación. El conocimiento humano es, desde el comienzo, conjetural, hipotético y siempre sometido a revisión, sin que pueda sostenerse que lo que se

conoce “es verdad”. Por el contrario, solo puede afirmarse que un enunciado no es falso, lo que, claramente, es distinto a sostener que es verdadero. En síntesis, no es posible determinar leyes universales y necesarias transitando el camino metodológico del verificacionismo, como así tampoco afirmar que una hipótesis es verdadera.

En la epistemología popperiana, el conocimiento no tiene su génesis en la observación, sino nace desde una conjetura o hipótesis, cuya naturaleza puede ser variada –verosímil, audaz, delirante, fantasiosa-, la que será comprobada por diferentes medios que operan como control de las especulaciones. La hipótesis es un enunciado que puede someterse a falsación (A cometió un homicidio contra B) pero no puede ser verificada a los fines de llegar a una verdad absoluta, inquebrantable, y perpetua. La irrefutabilidad de una afirmación no es una virtud, es un vicio.

En este punto, se confirma que la carga teórica del sujeto está presente en el amanecer de todo proceso de conocimiento y funciona como límite al mismo, denotando así la imposibilidad de “descubrir la verdad” como acto cognoscitivo, pulcro y objetivo.

El filósofo Michael Foucault (;1996) manifiesta que el sujeto de conocimiento posee una historia que lo condiciona al momento de conocer. En igual sentido, expresa que la verdad misma tiene una historia, forjada por la tensión entre los juegos estratégicos de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retracción, de lucha. La conjunción de ambas “historias”, contextualizan el sitio en el que se forma “*la verdad*”.

En este estado se ubica el concepto de la verdad judicial, el que no hace referencia a lo sucedido en la realidad con pretensión de descubrirlo, sino que alude a conocer lo acontecido en base al relato discursivo de contrapunto, conocido como afirmación y refutación.

Realizado un acercamiento al estadio actual de las consideraciones epistemológicas, se concluye que la verdad (pura y jurídica) no se descubre, se construye. En términos nietzscheanos, el conocimiento es una invención y no tiene origen, brotará del choque de dos espadas (Foucault 1996). Analógicamente, el proceso, entendido como método de conocimiento, es el desarrollo de la contradicción entre dos espadas en pie de igualdad, con las reglas de la contienda preestablecidas, a fin de que un tercero pueda resolverla.

Para continuar, es menester avanzar sobre el proceso penal, su vinculación con el contexto en el que se desarrolla y los modelos que pueden adoptarse en un ordenamiento jurídico, con su respectiva concepción acerca de la verdad.

2.- El Proceso Penal. Modelos Inquisitivo y Acusatorio.

El proceso penal está directamente vinculado al sistema político en el que se desenvuelve, como así también al marco de valores establecido, que influyen las prácticas y exigencias de la sociedad sobre la que se aplica⁸³. A raíz de ello, el sistema penal seleccionado obedecerá a una forma de concebir y conocer la realidad, de pensar (y repensar) la sociedad, de repartir potencia e impotencia – lo que beneficia o perjudica al ser, respectivamente-, en definitiva, de comprender la noción de verdad.

El capitalismo no solo como un mero sistema económico, sino que, analizándolo desde la perspectiva social, genera formas de relacionarnos, complejizando los intercambios humanos e institucionales. Este sistema experto remueve las relaciones sociales y la inmediatez de su contexto, produciendo un desanclaje del individuo y un distanciamiento espacio-temporal (Giddens, 1997). Edificar un proceso penal que comprenda este panorama es tarea ardua, pero posible.

Es imprescindible entonces establecer que en el proceso penal las partes están en desigualdad genética, ya que el investigador dispone de un complejo aparato gubernamental para ejercer la persecución penal, frente al indicado como potencial actor de un hecho delictivo. En este marco, el proceso penal se erige como una garantía para el sindicado penalmente, resultando un método heterocompositivo de conflictos que evita la desidia y la violencia generalizada (que declinaría nuevamente en la Ley del Taleón⁸⁴), y cuyo objetivo primordial es resolver- no solucionar- el litigio de forma pacífica.

Sin embargo, como se verá seguidamente, existen dos modelos de proceso penal antagonicos, de cuyo cotejo resaltan las bases políticas y filosóficas en que se asientan y la superestructura que los alimenta.

3.-Sistema Inquisitivo.

Siguiendo el esquema de Binder (1999), advertirnos cinco etapas bien diferenciadas del proceso penal: una fase de investigación, cuyo objeto es recabar elementos que permitan formular la imputación en la requisitoria de elevación a juicio; la segunda es la fase crítica o del control del resultado de esa investigación; la tercera es la fase plena, el juicio propiamente dicho, con bilateralidad y sustanciación; la cuarta etapa es del control de la sentencia de juicio, manifestada a través de la existencia de distintos medios de impugnación; y una última fase, en la que se ejecuta

⁸³ En la sociedad medieval, las prácticas inhumanas y aberrantes, como los azotes, eran legitimadas socialmente.

⁸⁴ La misma sostiene en uno de sus pasajes “*el que hiera de muerte a un hombre será castigado de muerte. El que hiera de muerte a un animal pagará con otro: vida por vida...*”.

la sentencia que ha quedado firme. Este autor reconoce que la primera fase es de actividad eminentemente creativa, lo que presupone sin hesitación un sujeto activo, que imprime en la búsqueda de elementos esclarecedores su propia subjetividad.

En un proceso de raigambre inquisitiva, la verdad se intentará lograr de todas las formas posibles y utilizando los métodos que aseguren aquel cometido, atribuyendo monopólicamente funciones exclusivas y excluyentes a una parte, que hará las veces de acusador y juzgador, confundiendo y corrompiendo así la riqueza de un proceso controvertido. Si la verdad existe en sí misma, si un hecho típico y antijurídico ha ocurrido en el pasado, puede ser descubierto verdaderamente, y el autor de tal conducta es la mejor fuente de información para develarlo., Por ende, la confesión será prueba casi irrefutable, aunque devenga hoy día inconstitucional⁸⁵. El medioevo feudal estableció un proceso penal en el que fin justificaba los medios, y la verdad era un fin extremadamente valioso que ameritaba amplitud de medios para conocerla.

Un sistema jurídico-político que imponga a los justiciables no ser endilgados como potenciales autores en la comisión de un delito, terminará castigando lo aparente, lo que pueda asemejarse a un delito, independientemente que sea probado o no, dado que lo trascendente en este marco es la sanción de esas conductas, aunque devengan aparentes. Esta postura, permite un sistema procesal penal cuyo edificio se cimienta sobre el sintagma de optar por castigar a un inocente antes que absolver un culpable, (Cafferata Nores, 2000), en el cual quien es acusado de haber realizado una conducta típica antijurídica debe demostrar que no lo hizo y, por ende, pesa sobre él una presunción de culpabilidad, transitando el proceso inquisitivo con la carga⁸⁶ de la prueba.

El proceso penal que prioriza la sanción o pena a imponerse⁸⁷, desconociendo su razón de ser, es decir la heterocomposición de un litigio para evitar la violencia que engendra el germen de la “justicia por mano propia”, está destinado a ejercer poder estatal arbitrario, mitigando así la libertad y dignidad del ciudadano. Lo inquisitivo se manifiesta entonces en invocar la verdad como el gran valor y objetivo del proceso, en detrimento de la esfera del ciudadano débil, sin defensas, que cede frente al poder punitivo del estado.

En síntesis, el sistema inquisitivo presupone la culpabilidad, y el proceso es per se un castigo, con prisión preventiva como moneda corriente y gesto punitivo ejemplar basado en la sospecha de un crimen. A mayor abundamiento – y hostiga-

⁸⁵ Art. 18 de la Constitución Nacional “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”

⁸⁶ Carga que en rigor, es técnicamente un deber, ya que se da entre una parte y el juzgador (tristemente también investigador). Su característica primordial surge de la propia consecuencia de su antecedente, ya que el incumplimiento conlleva una sanción personal, que vale nada menos que ser declarado no inocente y pasible de sanción, pese a no ser declarado culpable.

⁸⁷ Sin profundizar en la inacabada e inacabable discusión que colma bibliotecas jurídicas sobre la justificación de la pena.

miento- quien investiga es el mismo que juzga, usurpando así los roles que en esencia corresponden a las partes y forman el triángulo procesal -acusador- imputado/ defensor – juzgador - (Chiovenda, 1987).

Según Moras Mon (1998), el juez es investido por la ley como investigador al que se le impone descubrir la verdad y para ello se lo dota de diligencias apropiadas. Esta expresión funciona como axioma para demarcar el criterio del sistema inquisitivo, considerando que el juez es omnicompreensivo, omnisapiente, y un paladín de la justicia. Nuestro ordenamiento nacional actual esta erigido lamentablemente en este modelo, poniendo de manifiesto la trascendencia de la investigación como actividad inmediata al descubrimiento de la verdad, a cargo del juez (investigador-juzgador).

Un claro resumen de los impedimentos e inconvenientes que acarrea el sistema inquisitivo es el “caso Llerena”⁸⁸, donde el Dr. Petracchi dijo: *“un sistema en que la sentencia es dictada con la intervención del mismo juez que tuvo a su cargo la investigación preliminar y la decisión acerca del mérito de dicha investigación, en principio, no satisface el estándar mínimo de imparcialidad del tribunal, exigido por los respectivos tratados internacionales (...) Quien llevó adelante la actividad incriminatoria descripta no puede ser la misma persona que habrá de realizar el debate y la que finalmente condene o absuelva al imputado, pues un procedimiento semejante no reúne los requisitos mínimos exigibles con respecto a la imparcialidad del juzgador. En efecto, aun cuando la hipótesis de un juzgamiento imparcial no pueda ser lógicamente descartada de antemano, las condiciones en que se produciría el debate tampoco permiten descartar la hipótesis contraria: que la jueza no pueda separarse del preconcepto que ella misma formuló, esto es, que es altamente probable que el imputado sea culpable del hecho que se le imputa”*.

Lo inquisitivo del modelo radica justamente en que este sistema tiene a la represión de los delitos como su función primordial, minimizando las posibles argumentaciones exitosas de defensa y postulando las menores restricciones posibles para el logro de la verdad.

Desde la perspectiva epistemológica, este modelo de proceso es acorde a la postura positivista respecto de verdad, sosteniendo que la misma existe y es posible conocerla.

La idea ingenua (¿ingenua?) de que se puede conseguir una verdad objetiva, absoluta e impoluta, constituye una suerte de ignorancia epistemológica, que las doctrinas jurídicas del juicio como aplicación mecánica de la ley deberían repensar⁸⁹.

⁸⁸ Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221- Fecha: 17 de mayo de 2005. Publicación: Fallos: 328:1491 Votos: Mayoría: E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco (voto conjunto), Enrique Santiago Petracchi (su voto), Antonio Boggiano (su voto), Juan Carlos Maqueda (su voto) - Disidencia parcial: Augusto César Belluscio, Carmen M. Argibay..

⁸⁹ En este sentido, ver Ferrajoli, 1995.

4.-Sistema Acusatorio

El sistema acusatorio presupone la inocencia. El proceso es una garantía individual frente al intento del Estado de imponer un pena, que funciona como un obstáculo que debe superarse para condenar, y en el cual se admite, como excepción, la posibilidad de privar al imputado de su libertad. El imputado es considerado un sujeto del proceso, sin la obligación de confesar, mientras que su declaración es un mecanismo de defensa y no un medio probatorio.

En este orden de ideas, se da primacía a la dignidad del individuo y su libertad, como límites necesarios al ejercicio del poder estatal. Se concibe al Estado como un instrumento al servicio del ciudadano titular de derechos inalienables, aplicando la regla de preferencia invertida. A saber, el aforismo resultante quedaría expuesto así: “es preferible la libertad de un culpable al castigo de un inocente”.

En este modelo de procedimiento penal, se procura que la verdad resulte de la máxima exposición de las teorías o hipótesis de las partes encontradas, de tesis y antítesis⁹⁰, brindando la posibilidad de probar, pero a su vez también la de refutar, de controvertir mediante contrapruebas y oposición. Es requisito sine qua non para ello que tanto el acusador (Fiscal) como el defensor desarrollen un rol activo en igualdad de condiciones para el ofrecimiento y la producción de los medios confirmatorios, y la alegación sobre la valoración de prueba. En fin, la equidad de “*arma*” es la base del debido proceso.

Las características principales que definen al sistema acusatorio se sintetizan en: impulso a cargo de las partes, bilateralidad e igualdad de los contrincantes, emancipación de éstos respecto a quienes deben decidir, decisión a cargo de un tercero (ni pretendiente ni resistente) necesariamente imparcial, y la publicidad de los actos, basada en la previsibilidad del procedimiento.

De acuerdo al sistema acusatorio, las partes deben diseñar su teoría del caso conforme a cada hecho fáctico, y deben desarrollar un conjunto de destrezas pertinentes, aportando pruebas para corroborar lo que han planteado y realizando adecuadamente los interrogatorios. La teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes junto con las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos en que se apoya.

Es importante destacar que la jurisprudencia se ha pronunciado respecto de las virtudes del sistema acusatorio implementado por el CPPBA, luego de la reformada del año 1997. En este sentido se ha sostenido que “*es uno de los objetivos*

⁹⁰ Cuya síntesis será realizada por el Juez, tercero imparcial, imparcial e independiente.

primordiales de las nuevas normas adjetivas provinciales restituir a los sujetos procesales necesarios sus verdaderas funciones, distinguiendo aquellas referidas a la jurisdicción de las de investigación y persecución penales. El Ministerio Público, encargado del ejercicio de las dos últimas funciones, se halla imbuido en las leyes procesales vigentes de las notas de individualidad, flexibilidad y descentralización contando, para posibilitar el respeto del principio de actuación unitaria y no contradictoria de sus integrantes, con un orden interno funcionalmente vertical, y sujetándose a la regla de la oportunidad en el ejercicio de la función requirente que lo caracteriza⁹¹.

Así mismo, el tribunal en otra oportunidad a manifestado que *“el sistema acusatorio se caracteriza por una nítida diferenciación de los roles o funciones que cumplimentan los órganos del proceso: el Fiscal Investiga y acusa, el Defensor tutela los intereses y derechos de procesados, y acusados y el juez, tercero imparcial, juzga acerca del mérito que asista a la tesis esgrimida por el Ministerio público pretensor, confrontándola con los argumentos y excepciones procesales y de fondo que articule la parte perseguida o accionada⁹²”*.

Iluminando aún más, también ha expresado que *“la investigación penal preparatoria no es algo totalizador y acabado, sino un ensamble provisorio, armado a la luz del criterio de oportunidad e instrumentado a la luz de la desformalización. Sólo en el debate se adquirirán y valorarán luego las pruebas que asumirán rol decisivo y en este mismo momento, precisamente, se corporizará la acusación fiscal⁹³”*.

A modo de síntesis, el proceso es una garantía y no una herramienta, pero no se trata de su función, sino de su naturaleza. Es decir, el proceso puede tener por función servir de instrumento -cuestión teleológica-, pero esto no implica que sea un instrumento -cuestión ontológica- (Di Giulio, 2013).

5.- Artículo 266 del CPPBA.

Del parangón de los dos modelos de sistemas procesales definidos anteriormente, observamos que nuestra constitución nacional adopta sin dudas el sistema acusatorio. Ello así por la exigencia constitucional de un estado de derecho, articulado como régimen republicano y en la división de órganos y funciones que ejercen el poder, donde el órgano judicial debe ser independiente del ejecutivo y del legislativo, respetando la exigencia de las tres características inherentes de quien tendrá en sus manos la decisión: la independencia propiamente dicha, la imparcialidad y

⁹¹ TC0001 LP 3343 RSD-495-1 S Juez NATIELLO (SD). Carátula: R. d. c. i. p. e. p. d. e. c. 1. s/ Recurso de casación. Magistrados Votantes: Natiello-Piombo-Sal Llargués. Fecha: 27/09/2001. Fallo publicado en JUBA, Base de Jurisprudencia. Texto completo del fallo en <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=103903>.

⁹² TC0001 LP 549 RSD-136-1 S Juez PIOMBO (SD). Carátula: R. d. C. F. e. c. n. 8 C 4. s/ Recurso de casación. Magistrados Votantes: Piombo-Sal Llargués-Natiello. Fecha: 10/04/2001. Fallo publicado en JUBA, Base de Jurisprudencia. Texto completo del fallo en <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=100605>.

⁹³ Ídem.

la imparcialidad. Entonces, la Constitución Nacional proclama el axioma que el fin no justifica los medios, prohibiendo para siempre “toda clase de tormentos y los azotes”, garantizando que nadie será obligado a declarar contra sí mismo y asegurando la igualdad de las personas⁹⁴, apartando así claramente el sistema inquisitivo, corroborando la idea de un proceso como garantía y no como instrumento de la política criminal para justificar mayor punibilidad.

El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, modificado sustancialmente en el año 1997, recepta atinadamente esta manda constitucional, adoptando un paradigma acusatorio. Sin embargo, se identifican resabios del modelo inquisitivo, de difícil extirpación inmediata, lo cual no es óbice para poder problematizarlo.

Ciertos vestigios lucen manifiestos, y a modo enunciativo –no taxativo– se cita el siguiente ejemplos: el artículo 144 indica que “*La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley*”. En el mismo sentido, se halla la redacción de corte inquisitorial en los arts. 148 inciso cuarto, 232 y 280 del CPPBA.

Haciendo óbice en el tópico primordial que se aborda, el actual artículo 266 inc. 1, enuncia: “*La Investigación Penal Preparatoria tendrá por finalidad...comprobar, mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, si existe un hecho delictuoso*”. La enunciación transcripta obedece a un modelo de corte inquisidor, al proclamar que la verdad esta oculta y en la IPP se procurará descubrirla.

Sabido es que la etapa preparatoria tiene dos perspectivas: una cognitiva, cuyo fin es colectar los elementos de convicción que permitan determinar la conducta delictiva y su protagonista para llevar el caso a juicio, y otra compositiva, esto es, el intento de que las partes resuelvan el conflicto sin recurrir a la sanción penal. Sin embargo, si el Fiscal descubre la verdad, lo antedicho es un sinsentido.

Etimológicamente, descubrir⁹⁵ es una conjunción del prefijo “des” –negación– y del verbo “cubrir”, proveniente de una formación del latín vulgar y tardío, que se traduce como mostrar algo que está oculto.

Según la Rae, la palabra descubrir presenta varias acepciones, desde manifestar, hacer patente, destapar lo que está tapado o cubierto, hallar lo que está escondido o hasta conocer lo ignorado. Cualquiera sea que tomemos como válidas, la expresión descubrir la verdad es un oxímoron epistémico.

En consonancia, la verdad no se oculta, ergo no podrá ser encontrada tempestivamente por el fiscal, ni por el juez, ni por el defensor – todos humanos –, y a

⁹⁴ Artículos 16, 18 y concordantes de la CN.

⁹⁵ Perteneciente al grupo verbo activo transitivo.

lo sumo se construirá una postulación refutable (contradictoria), una hipótesis que se corroborará o descartará con los distintos medios confirmatorios.

Al afirmar que en la IPP la verdad se descubre, no es necesario continuar transitando el resto de las etapas del proceso, ya que una vez hallada bastaría con mostrarla al juzgador para que dictamine lo que estime correspondiente. Sin embargo, como ya se ha dicho, el conocimiento —aun el del proceso— brotará del choque entre dos espadas, una acusatoria y otra que defiende, erigidas en la igualdad del debate.

Es necesario repensar el contenido del artículo 266 del CPPBA, cuyo ensayo de modificación podría quedar redactado de la siguiente manera: “*La investigación penal preparatoria, tendrá como finalidad reunir los elementos de convicción necesarios para construir una teoría del caso...*”. O quizás, “*durante la investigación penal preparatoria el Fiscal reunirá los elementos pertinentes para elaborar la hipótesis del caso*”.

Las propuestas de modificación no son lo sustancial en este trabajo, sino que el objetivo es dejar sentadas las bases para repensar los vestigios inquisitoriales que aun acechan el proceso penal bonaerense, a fin de extirparlos definitivamente.

6.- Conclusión

La redacción del actual Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires está contaminada por resabios del sistema inquisitorial, del cual el artículo 266 es una clara muestra, al presentar una confusión epistemológica que debe ser disuadida.

Los aportes de la doctrina procesal garantista funcionan como dispositivo adecuado para superar las contradicciones aludidas, afirmando que la expresión debido proceso es tautológica, e instando a erigir un proceso penal con fundamento en las libertades individuales y acorde a los requerimientos actuales del estado constitucional de derecho.

Bibliografía

Binder, Alberto (2013), *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, 2da Edición Actualizada.

Cafferata Nores, José. (2000) “*Cuestiones actuales sobre el proceso Penal*”- 3ra edición. Editores del Puerto. Buenos Aires.

Héctor Granillo Fernández – Gustavo Herbel. (2009). Comentarios Código de Pro-

cedimiento Penal de la Provincia de Bs As. 2da Edición Actualizada y Ampliada. Ed. La Ley. Año 2009.

Di Giulio, Gabriel. (2013). ” *Historia del pensamiento procesal reseña*”.

www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/RJC/article/viewFile/1440/1676.

Foucault Michel. (1996). “*La verdad y las formas jurídicas*”. Editorial Gedisa.

Ferrajoli, Luigi. (1997) “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Ed. Trotta. Segunda Edición.

Giddens, Anthony. (1997). “*Consecuencias de la Modernidad*” Ed. Alianza.

Glavich Eduardo. (1998). Ricardo Ibañez – María Lorenzo- Héctor Palma. “Notas introductorias a la filosofía de la ciencia” Ed. Eudeba. Ciclo Básico Común.

Kant Immanuel. (1781) “*Critica de Razón Pura*”. Ed. Gaspar. Madrid.

Marx, Carl. (1998) “*El Capital, crítica a la economía política*”. Ed. Siglo XXI. España.

Moras Mom, Jorge. (1998) “La investigación en el Proceso Penal” . Técnica del Descubrimiento. Ed. Abeledo Perrot.

Popper Karl. (1983) “Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico” Edición revisada y ampliada. Traducción de Néstor Míguez. Adaptación a la cuarta edición inglesa y traducción de las secciones nuevas: Rafael Grasa Cuiabierta de Mario Eskenazi y Pablo Martín 1.” Editorial Paidós.

Vélez Mariconde, Alfredo. (1981) “Derecho procesal penal”, t. I, 3ª ed., Ed. Marcos Lerner, Córdoba.



Las II Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica se llevaron a cabo en la Facultad de Derecho (UNICEN) durante el 27 y 28 de junio de 2019. Las Jornadas constituyen un espacio de presentación e intercambio de los resultados de las investigaciones individuales y grupales generadas en la Facultad y en otras universidades o centros de investigación en ciencia jurídica. Por ello, están dirigidas a investigadores, becarios/as de investigación, docentes, tesistas, estudiantes y graduados/as.

Las Actas contienen las ponencias presentadas y seleccionadas por el Comité Científico para su publicación.

ISBN 978-950-9516-45-8

