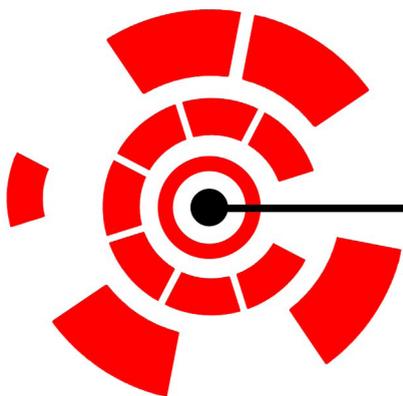


---

# ACTAS I JORNADAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIA JURÍDICA 2018

---



COMPILADOR: EZEQUIEL VALICENTI



EDITORIAL  
AZUL

FACULTAD DE  
**DERECHO**  
UNICEN

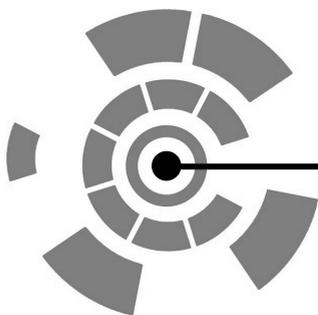




---

# ACTAS I JORNADAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIA JURÍDICA 2018

---



COMPILADOR: EZEQUIEL VALICENTI



EDITORIAL  
AZUL

FACULTAD DE  
DERECHO  
UNICEN



Edición: Editorial Azul S.A.

Diseño Editorial: Antonella Scavuzzo

Corrección: Florencia Lafón

[www.editorialazul.com.ar](http://www.editorialazul.com.ar)

[info.editorialazul@gmail.com](mailto:info.editorialazul@gmail.com)

Actas I Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica 2018 / Pedro Arrouy ... [et al]. -

1a ed. - Azul : Del Azul, 2019.

PDF

ISBN 978-950-9516-38-0

1. Ciencia Jurídica. I. Arrouy, Pedro.

CDD 340.11

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  
I JORNADAS  
DE INVESTIGACIÓN  
EN CIENCIA JURÍDICA  
2018**

---



<b>Datos de las Jornadas</b>	<b>9</b>
<b>Presentación</b>	<b>11</b>
<b>Filosofía y Teoría General del Derecho</b>	
Arrubia, Eduardo - <i>Disidencia sexual y Filosofía del Derecho. Reflexiones en torno a los derechos humanos de personas LGBTI</i>	<b>15</b>
Bardel, Daniela - <i>Una aproximación a las respuestas reguladoras del ámbito transnacional</i>	<b>27</b>
Marichal, María Eugenia - <i>El problema de la legitimidad. Un análisis jurídico de las nuevas barreras no arancelarias (BNA) al comercio internacional de agro alimentos</i>	<b>41</b>
<b>Derecho Privado Patrimonial</b>	
Cogliatti, Mariana - <i>La acción de secuestro a la luz del microsistema del Derecho del Consumidor</i>	<b>57</b>
Gallo, Rosana - <i>El nuevo régimen de la Ley 19.550 Ley General de Sociedades: el antes y después de algunos institutos</i>	<b>63</b>
Gianfelici, Florencia Romina - <i>Causa de la litigiosidad laboral frente a la Ley de Riesgos del trabajo</i>	<b>75</b>
Girado, Santiago e Islas, Nicolás - <i>Asunción de riesgo. El transporte benévolo</i>	<b>83</b>
Hidalgo, María Luz - <i>El impacto del fraude en el contrato de seguro</i>	<b>97</b>
Valicenti, Ezequiel - <i>El acceso a la vivienda y el contrato de locación</i>	<b>109</b>
<b>Derecho de Familia y de la persona</b>	
Marmeto, Esteban - <i>La adopción por integración frente al binarismo filiatorio. Reflexiones sobre la posible puesta en crisis del modelo clásico familiar</i>	<b>131</b>
Salituri Amezcua, Martina y Videtta, Carolina - <i>Tener un techo. La problema-</i>	

<i>tica del acceso a la vivienda que enfrentan lxs jóvenes sin cuidados parentales</i>	145
Vazzano, Florencia - <i>Diálogo de fuentes en la relación alimentaria entre niños, niñas, adolescentes y sus abuelxs personas mayores. Una actividad necesaria en la investigación jurídica</i>	161

## **Derecho Internacional público y Derechos Humanos**

Costabel, Lucas Ezequiel y Leiva, Federico Augusto - <i>La responsabilidad extraterritorial de los Estados frente a las violaciones de Derechos Humanos cometidas por Empresas</i>	179
--	-----

Gaiada, Lucía y Ormar, Camila - <i>Luces y sobras en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos</i>	187
--	-----

Goldenhörn, Moira - <i>Violencia obstetricia como mala praxis médica enfoques sociológicos y de los Derechos Humanos para un cambio de paradigma</i>	201
--	-----

Kunusch Ribichini, Leandro - <i>Importancia del trabajo en la etapa de post-encierro como herramienta de reinserción social de los liberados. La Ley Provincial 14.301 y sus proyecciones al ámbito municipal</i>	221
---	-----

Lloret, Elsa María del Carmen; Lafourcade, Paula; Arrouy, Pedro; Cataldo, Liliana; Confalonieri, Victoria - <i>El derecho constitucional a la vivienda digna: Una mirada desde la normativa comunal del Municipio de Tandil y los pronunciamientos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires</i>	237
--	-----

## **Derecho Procesal**

Di Giulio, Gabriel H. - <i>La deconstrucción del concepto “peligrosidad procesal”</i>	255
---	-----

# I Jornadas de Investigación en ciencia jurídica

Facultad de Derecho (UNICEN) – Azul, 3 y 4 de mayo de 2018

## **Comité Científico**

Laura Giosa (CEIPIL-UNICEN)

Santiago Duhalde (CIEP-CONICET-UNICEN)

María Paz López (CEIPIL-UNICEN)

Fernando Ronchetti (CIEP-UNICEN)

Victoria Schiro (IEJUS-UNICEN)

## **Comité Organizador**

Ezequiel Valicenti

Eduardo Arrubia

Daniela Bardel

Martina Salituri

## **Compilación de las Actas**

Ezequiel Valicenti



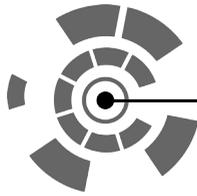
## Presentación

Las *I Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica* se desarrollaron en el Centro de Investigación y Posgrado de la Facultad de Derecho (UniCen), el 3 y 4 de mayo de 2018. En ellas se presentaron y debatieron más de 20 ponencias, la mayoría de las cuales forman parte de este libro de Actas. La reunión científica contó además con otras actividades. El jueves 4 se realizó un “*Ateneo de Proyectos de Investigación*”, del cual participaron directores, directoras e integrantes de los diferentes proyectos de investigación acreditados o radicados en la Facultad. Al día siguiente, como cierre de las Jornadas, se produjo un Conversatorio sobre “*¿Qué hacen los que hacen ciencia jurídica? Debates en torno a la cientificidad de la ciencia jurídica*”, del que participaron miembros del Comité científico, ponentes e integrantes del “*Seminario sobre el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica*”. Si bien estas Actas no recogen los interesantes intercambios, son un reflejo de lo que fue el espíritu del encuentro.

Las Jornadas se proponen como un espacio para la presentación y el intercambio de resultados de investigaciones individuales y grupales, planteadas no ya desde un área jurídica específica, sino como un espacio transversal que reúna, en un mismo lugar y a un mismo tiempo, aportes de variadas materias jurídicas y de diversos enfoques. Las Actas que aquí se presentan intentan recoger ese espíritu aperturista y de diálogo.

Sobre el final, sólo queda agradecer a todos los que hicieron posibles las I Jornadas y estas Actas. A los autores y las autoras que destinaron esfuerzo desinteresado en la elaboración de las ponencias, particularmente a quienes nos visitaron desde otras Universidades en aquel mayo de 2018. A los integrantes del Comité científico, que en su momento revisaron resúmenes y ponencias. A los miembros del Comité organizador, por la necesaria colaboración para llevar adelante las Jornadas. Y a Editorial Azul por el trabajo editorial realizado en esta obra.

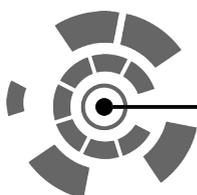




# **Filosofía y teoría general del derecho**



## Disidencia sexual y Filosofía del Derecho. Reflexiones en torno a los derechos humanos de personas LGBTI



*Eduardo J. Arrubia*

(CONICET/UNICEN)

### Resumen:

A través del devenir histórico se han construido distintos discursos y representaciones en relación con la sexualidad humana. Uno de estos discursos es el que constituye la juridicidad a través de una multiplicidad de normas jurídicas y otras fuentes. La reflexión iusfilosófica posibilita analizar cuáles son las lógicas de concebir la sexualidad a través del derecho. En este sentido, se propone realizar un análisis de los derechos humanos vinculados a la orientación sexual, la identidad de género, expresión de género y caracteres sexuales a luz de los marcos filosóficos del iusnaturalismo, iuspositivismo, y teorías críticas. Éstas últimas permiten arribar al concepto de disidencia sexual como elemento teórico rupturista dentro de los discursos de la diversidad sexual.

En este contexto, se buscará poner en la escena de la reflexión iusfilosófica ciertas temáticas que hacen a la construcción de un derecho a la sexualidad, tales como los estudios de género, las políticas públicas de identidad, la consideración de las categorías de interseccionalidad dentro de la población LGBTI, los estudios *queer*, entre otras. Asimismo, la iusfilosofía genera la posibilidad de explorar las teorías de la justicia en relación a las condiciones materiales de existencia de las personas que integran la comunidad LGBTI en tanto grupo desaventajado. En suma, se pretende exponer los temas y problemas actuales que hacen a la disidencia sexual desde una perspectiva nutrida por el bagaje teórico,

no de una, sino de varias iusfilosofías.

## **1. Introducción**

Las normas jurídicas constituyen una práctica discursiva. Esto quiere decir que el derecho que rige a una sociedad determinada emite mensajes y sentidos del control social que engloba. Simultáneamente, las distintas perspectivas de Filosofía del Derecho producen discursos acerca de aquel otro discurso representado por el derecho. De esta manera, y en líneas generales, el Iusnaturalismo tiene la convicción de que existen principios eternos e inmutables asequibles a la razón humana, y precisamente todo lo que designemos como jurídico lo será en tanto y en cuanto no se contradiga el mandato emergente de dichos principios (Nino, 2014: 28). En las antípodas de este pensamiento la escuela analítica entiende que estos valores universales no tienen existencia ontológica, y aunque la tuvieran, los mismos no pueden ser aprehendidos a través del esquema de cognición del ser humano (Guibourg, 2006: 129). Se predica de este modo un escepticismo ético y se pretende un derecho alejado de las valoraciones de justicia en el que lo único relevante es el análisis lógico del lenguaje. Por otra parte, el enfoque crítico aborda al fenómeno jurídico como una construcción política de normas hegemónicas que se imponen por medio del poder (Cárcova, 2014: 3). Se trata para esta corriente de dismantelar los intereses y sentidos ocultos detrás de la juridicidad. El lenguaje cobra singular importancia, pero ya no como un entramado lógico de conceptos al estilo del pensamiento analítico, sino como una manifestación directa de prácticas sociales, políticas, históricas y culturales que deberán ser interpretadas, construidas y deconstruidas.

Ahora bien, estas lecturas sobre lo jurídico provienen de convicciones profundas y diferentes unas de otras en el marco de auténticas concepciones iusfilosóficas y arrojan como resultado una pluralidad de discursos sobre el derecho y cada uno de sus aspectos. Entre ellos, la sexualidad humana como objeto de regulación jurídica ha trascendido como una materia interpretable desde distintas propuestas discursivas emitidas por los discursos de las filosofías del derecho. En este sentido, se propone la indagación acerca de la sexualidad en la filosofía del derecho y los efectos que estas perspectivas arrojan sobre la juridicidad vigente.

## **2. Breve descripción de la evolución jurídica de los derechos LGBTI en Argentina**

Los derechos del colectivo LGBTI en la República Argentina comenzaron a consagrarse desde un esquema de igualdad formal que incluía instituciones

de la vida civil tales como el matrimonio, la filiación y el nombre de las personas. Sin embargo, la realidad social puso en evidencia la desigualdad material que afectaba a este grupo, en particular a las personas trans cuya vulnerabilidad es mayor. Así, dicha realidad material ha ido generando la necesidad de políticas públicas concretas para paliar esta situación de exclusión que atraviesa a las personas trans.

En este sentido, puede advertirse que uno de los primeros derechos logrados es aquel que hace a la libertad de asociación. En 1991 la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>1</sup> resolvió denegarle la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina argumentando, entre otras cosas, que dicha agrupación de personas físicas no guardaba una finalidad de bien común sino que sólo perseguía fines de intereses individuales y privados de las personas que no contribuían en nada a un mentado bienestar social, y sostuvo además que esta asociación era considerada de todos modos un sujeto de derecho más allá de que no contara con el reconocimiento de su personalidad jurídica. Pero como advirtió en su momento el prestigioso constitucionalista argentino Germán Bidart Campos (1992: 3), tal argumento pecaba de falaz ya que esta asociación de facto no podía ser considerada sujeto de derecho plenamente cuando la legislación civil regulaba de forma diferenciada a aquellas que contaran con la personería registrada en comparación con las que no la tuvieran. Finalmente, en el año 2006 el superior tribunal modificó su jurisprudencia y resolvió concederle este derecho a la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT)<sup>2</sup>, constituyendo un precedente valioso ya que se trató del primer reconocimiento institucional proveniente de uno de los órganos de más alta jerarquía estatal, de la extrema situación de vulnerabilidad en la que se encontraba el colectivo de personas travestis y transexuales (Viturro, 2013: 45).

Adicionalmente, en el año 2010 el derecho a contraer matrimonio civil entre personas del mismo sexo adquirió estatus normativo consagrándose de esta manera el denominado matrimonio igualitario. Este dispositivo legal no sólo reguló el derecho a contraer nupcias sino que además posibilitó una nueva forma filiatoria en el derecho de familia, es decir, la adopción de niños por parte de matrimonios homosexuales. Luego, en 2012 se dictó la ley 26.743 de Identidad de género la cual empoderó a las personas para que pudieran definir su género, mediante el cambio registral de su nombre, es decir, en sede administrativa, conforme a su propia autopercepción independientemente de su genitalidad biológicamente determinada, sin necesidad de recurrir a ningún tipo de dictamen médico previo, ni reasignación quirúrgica del sexo. Dentro de este esquema evolutivo, en 2014 la sanción del Código Civil y Comercial vino a saldar deudas pendientes

<sup>1</sup>Véase CSJN. Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas. 22 de noviembre de 1991

<sup>2</sup>Véase CSJN. Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas. 21 de noviembre de 2006.

en materia de filiación, incorporando, entre otras cuestiones, una tercera fuente filiatoria vinculada al uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) (Schiro 2015: 204). De modo que este nuevo código operó como un sello de las conquistas que se describieron anteriormente pero a su vez coadyuvó a robustecer estos derechos vinculados a la formación de una familia en el marco de la diversidad sexual.

Ahora bien, los avances aquí reseñados se refieren concretamente al derecho de reunión y libre asociación, derecho al matrimonio, derecho al nombre, derecho a la identidad personal y de género y al derecho a la filiación. Todos ellos encuadran en la categoría de derechos civiles. Todos ellos son fruto de arduas luchas por parte de los sectores organizados de la sociedad civil. Ninguno provino de la benevolencia y espontaneidad de jueces y legisladores. Lo que se dio en el plano legal apareció como legitimación ulterior de largos períodos de reclamaciones frente a los estrados judiciales que paulatinamente fueron generando una jurisprudencia sólida en la materia.

De esta manera, una vez que el reconocimiento estatal de la diversidad sexual estaba asegurado desde la legalidad formal, la lucha de todo el colectivo LGBTI prosiguió por el camino de la erradicación de desigualdades materiales que afectaban a esta población. Así, fue necesario reivindicar el reclamo por el acceso al mercado laboral, especialmente de personas trans, lo cual derivó por ejemplo en la sanción de la ley de la provincia de Buenos Aires 14.783 que asegura un cupo de un 1% de los puestos de trabajo del empleo público para estas personas. Del mismo modo, cobraron relevancia los reclamos por el derecho a la salud que a nivel normativo se cristalizaron con el decreto 903/2015 que reglamentó la aplicación del art. 11 de la ley 26.743 incorporando al Plan Médico Nacional (PMO) ciertas prácticas y tratamientos médicos considerados indispensables en relación al pleno goce del derecho a la identidad de género. Al mismo tiempo, el Ministerio de Salud del PEN emitió la Resolución 65/2015 por medio de la cual aprobó el documento de especialistas titulado “Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial. Lectura desde los derechos sexuales y reproductivos”.

Recientemente, en el sistema interamericano de Derechos Humanos el derecho a la identidad de género se ha robustecido a través de la opinión consultiva 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este instrumento además de señalar los estándares imperativos para el goce de este derecho en cuanto al procedimiento de cambio de nombre, sexo e imagen ante la entidad registral de cada Estado, la Corte ha reconocido expresamente que las personas trans se encuentran expuestas a la estigmatización y consiguiente discriminación fáctica en diversos aspectos vinculados a la salud, educación y trabajo.

### 3. La sexualidad desde el iusnaturalismo

A lo largo de la historia, el pensamiento iusnaturalista ha demostrado versiones antagónicas dentro de su propia concepción filosófica. Es decir, en sus orígenes se plasmó la visión teológica de esta doctrina que puede verse reflejada, a pesar de sus diferencias, en las teorías de San Agustín y Santo Tomás. En este sentido, el iusnaturalismo formula una mirada conservadora de una mentada naturaleza dada. Luego, a partir del despertar de la modernidad el iusnaturalismo cumplió una función revolucionaria a través de la escuela clásica o protestante del derecho natural que animó a la Ilustración y dio fundamento ideológico a la Revolución Francesa al cuestionar el origen divino del poder real y propiciar formas democráticas de gobierno e igualitarias de aplicación de la ley (Aftalión 2009: 181). Además, corresponde decir, siguiendo a Pinto (1997: 10), que los Derechos Humanos nacieron como fenómeno político-jurídico de la segunda posguerra gracias a los aportes y confluencia del derecho internacional público, el constitucionalismo liberal<sup>3</sup> y el iusnaturalismo. De esta manera, resulta ilustrativa la expresión del art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que establece que *“todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”*

Dentro de esta perspectiva filosófica, su máximo y célebre defensor en la actualidad es el profesor John Finnis. Este autor define a la justicia como una exigencia de razonabilidad práctica que debe mantenerse en el entendimiento de que uno no debe buscar la realización y el respeto por los bienes humanos para sí mismo, sino más bien para la comunidad en la que se despliega la vida humana (Finnis 2011, p. 161). Así, se nutre de distintos aportes iusnaturalistas y señala que los elementos que componen la idea de justicia son la intersubjetividad, el deber, y la igualdad (Finnis 2011, 163). Sin embargo, debe apuntarse que estas caracterizaciones que a primera vista pueden ser compartidas en tanto parecieran respetar y favorecer la dignidad humana, se utilizan desde el iusnaturalismo de manera conservadora para perpetrar un supuesto orden natural que atenta contra los derechos humanos de personas LGBTI. En este sentido, Finnis ha escrito que las conductas homosexuales constituyen prácticas inmorales. En ocasión de comentar las resoluciones adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a mediados de la década de 1990, sostuvo que se ajustaba al respeto de los derechos humanos la despenalización de actos sexuales entre personas del mismo sexo llevadas a cabo en un ámbito privado y entre dos adultos que prestaran pleno consentimiento (Finnis, 1994: 1051). Sin embargo, argumentó que cuando la cuestión excedía el ámbito privado se convertía en un hecho que debía ser punible. De esta manera, se manifestó en contra de cualquier demos-

---

<sup>3</sup>En contra de lo afirmado por la autora citada, entiendo que el constitucionalismo influyó en el surgimiento de los Derechos Humanos no sólo en su versión liberal, sino también en su versión social, luego de las experiencias de la Constitución mexicana de 1917 y de la República de Weimar de 1919.

tración pública de afectividad entre personas del mismo sexo, al igual que reaccionó en contra de expresiones públicas que reivindicaran la homosexualidad ya que según su opinión afectaban la moral pública y por lo tanto, debían estar vedadas jurídicamente (Finnis, 1994: 1052). Su argumento para permitir la libre expresión de la sexualidad únicamente en el ámbito privado se fundaba en que no era responsabilidad del Estado resolver estas desviaciones individuales de la sexualidad, sino que por el contrario, era la familia como elemento natural de la sociedad la que debía educar a los individuos en un marco sexual normal, y si dicha formación resultaba fallida entonces las consecuencias quedaban en el ámbito de la privacidad (Finnis, 1994: 1052).

Ahora bien, conforme al desarrollo evolutivo que han tenido los derechos humanos de la población LGBTI puede advertirse un camino de logros y progresos en cuanto a la protección de este colectivo. En dicho camino, se ha ido superando la visión iusnaturalista de nuestra legislación que privaba a las personas sexualmente disidentes del acceso a instituciones básicas de la vida civil tales como el matrimonio, la filiación y la identidad de género autopercibida, entre otras. No obstante, a pesar de estos afortunados avances puede detectarse la subsistencia del sesgo iusnaturalista en el derecho argentino. Específicamente, esto se ve reflejado en el ámbito del derecho penal en cuanto a la forma de criminalizar la sexualidad. Al respecto, puede mencionarse la primera parte del art. 125 del código penal argentino que dispone *“El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediere el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuese menor de trece años”*. Por lo tanto, conviene recordar que en primer orden el código penal condena en su art. 119 el abuso sexual en sus distintas modalidades perpetrado a niños o niñas, y luego en el artículo 125 citado criminaliza ya no el abuso sexual sino lo que se denomina como promoción de la corrupción de menores.

De esta manera, el concepto de corrupción sexual se asocia directamente a la idea de normalidad sexual (Tenca, 2017: 222). Esto significa que el acto corruptor es aquel *que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la víctima...de este modo, la acción para ser calificada de corruptora, debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea por inculcar a la víctima el hábito de prácticas puramente depravadas o lujuriosas o por actuar de manera prematura sobre una sexualidad aun no desarrollada* (Tenca, 2017:222). Antes de la última reforma que tuvo el artículo 125 comentado, su redacción caracterizaba al acto corruptor como perverso, prematuro o excesivo. Aunque esta literalidad haya sido modificada, Tenca considera que dicha caracterización se encuentra ínsita en el delito de corrupción (Tenca, 2017: 223). Por su parte, Donna (1991: 605) ha entendido que el bien jurídico tutelado por este tipo penal es la libertad sexual, y subsidiariamente la normalidad sexual, ya que

sostiene que hay una afectación de la libertad del niño, niña o adolescente de elegir para su vida actos de sexualidad normal, elección de la que se ve privado ya que ha sido inducido en un hábito de sexualidad perversa contra su voluntad.

En consecuencia, mientras puede advertirse un proceso de desencialización o desontologización de la sexualidad normal en el ámbito de las reformas legislativas del derecho privado, no ha sucedido lo mismo con el derecho penal. Al mismo tiempo, debe aclararse que no se trata de dejar sin castigo a quienes cometen hechos aberrantes de abusos sexuales en contra de niños, sino de definir cuál es el objeto de la punición. Así, tales hechos quedan abarcados por los tipos de abuso sexual del art. 119 del código penal con las circunstancias agravantes allí consideradas. En este contexto, el delito de corrupción constituye una penalización no ya por el abuso, sino por la desviación de la normalidad sexual. Y este amplio concepto es peligroso ya que desde miradas iusnaturalistas se considera a la homosexualidad como anormal. Así las cosas, si tomamos un caso en el que un hombre practique actos sexuales contra una niña dentro de parámetros de una pretendida normalidad sexual, el hecho recaería en el tipo legal de abuso del art. 119, mientras que si se tratara de un hombre practicando los mismos actos en contra de un niño varón, esta conducta recaería en la tipicidad del art. 125 fundado en una desviación de la sexualidad normal.

#### **4. La posibilidad de los derechos LGBTI en la concepción analítica**

En relación a la perspectiva analítica del derecho podría pensarse de manera preliminar que su aversión acerca de las valoraciones impide reconocer la justicia inherente a la tutela de los derechos del colectivo LGBTI. Sin embargo, lo cierto es que aún desde el planteo escéptico de esta escuela iusfilosófica puede fundamentarse la protección de estos derechos.

Es decir, la asunción y defensa de convicciones metaéticas vinculadas al escepticismo de ninguna manera impiden asumir y desarrollar una teoría de la justicia. Es legítimo desde esta postura defender una concepción moral de la justicia siempre que esa defensa no devenga en una afirmación que esté vedada por el propio escepticismo ético. Más aún, esta defensa de una concepción moral determinada de la justicia de ninguna manera implica sostener su verdad (Barbarosch, 2013: 3). En consecuencia, se advierte que en la teoría de la justicia desarrollada por John Rawls subyace una posición metaética de corte escéptica ya que el liberalismo político no podría pensarse como una concepción neutral ante los diversos planes de vida buena si al mismo tiempo no se admitiera la imposibilidad epistemológica de lograr verdades morales o una validez moral objetiva (Barbarosch, 2013: 7).

Las ideas de Rawls devienen útiles como marco teórico de filosofía polí-

tica para explicar y comprender el quid de los derechos ganados por el colectivo LGBTI en los últimos tiempos en nuestro país. Los principios esbozados por este filósofo no se orientan a resolver problemas cotidianos, a casos particulares de justicia, sino que están destinados a aplicarse a la denominada estructura básica de la sociedad (Gargarella, 1999: 35).

En este sentido, los ciudadanos de una sociedad tal como la concibe Rawls no enarbolan una concepción racional unívoca del bien. A la inversa, pretenden llevar a cabo sus propias concepciones del bien y por más que sus fines puedan ser diferentes, requerirán para el logro de éstos los mismos bienes primarios (especialmente derechos, libertades y oportunidades) (Barbarosch, 2013: 67). Así, los derechos conquistados a través de la positivización de los mismos en los últimos años evidencian precisamente la imperiosa importancia de una teoría que plantea que los individuos deben asegurarse las principales libertades detrás de un velo de ignorancia en la posición original, ya que esto les permitirá eventualmente asumir el plan de vida que más deseen para sí en función de las distintas circunstancias que deban atravesar a lo largo de la vida. Esto es coherente con el primer principio de justicia que plantea Rawls (1999: 53) según el cual *“todas las personas son iguales en cuanto a exigir un esquema adecuado de derechos y libertades básicas iguales, esquema que es compatible con el mismo esquema para todos. En ese esquema se garantiza el valor equitativo de las libertades políticas iguales y sólo esas libertades”*.

Más aún, la segunda parte del segundo principio de justicia de Rawls, denominada principio de diferencia, cobra relevancia en cuanto a la fundamentación de otro derecho recientemente reconocido a la comunidad LGBTI en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Me refiero particularmente a la ley provincial que adjudica un cupo de un 1% de los cargos de la administración pública a las personas travestis, transexuales y transgénero, mayores de 18 años de edad, hayan o no accedido a los beneficios de la ley 26.743 [de identidad de género] y que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo que deben ocupar de acuerdo con sus antecedentes laborales y educativos.

Este segundo principio de justicia establece que *“las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: 1) deben vincularse a posiciones y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades y 2) deben promover el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad.”*(Barbarosch, 2013: 67). De esta manera, el favorecimiento legal reservando cupos a personas trans (siempre que reúnan los criterios de idoneidad necesarios) en cargos públicos, significa en abstracto una desigualdad respecto de otras personas que no sean trans y que al querer acceder a esos cargos se verían desplazadas al menos en la medida del porcentaje de dicho cupo. No obstante, esta situación aparece justificada por el principio de diferencia antedicho ya que la comunidad de personas trans constituye un grupo

desaventajado en la sociedad debido a que tradicionalmente han sido víctimas de conductas sociales de prejuicio, discriminación, hostigamiento y violencia, todo lo cual las ha colocado en un plano de inferioridad en relación al resto de los miembros de la sociedad.

En consecuencia, la justa igualdad de oportunidades no representa un principio suficiente a los efectos de suprimir las ventajas que surgen de situaciones de las que no son responsables los individuos. Es por ello que la idea de una igualdad democrática recepta el principio de diferencia como un modo de anular las ventajas que únicamente hallan justificación en propiedades naturales de los sujetos (Barbarosch, 2013: 84).

## **5. Aportes críticos para pensar sexualidad y derecho**

Desde las teorías críticas, y en especial vinculación con la sexualidad humana, se ubica el pensamiento del filósofo francés Michel Foucault quien sostuvo que hacia el siglo XIX se materializó en Occidente una verdadera *scientia sexualis* que se caracterizó por la identificación de lo “normal” con el sexo entre hombre y mujer a los fines de la reproducción humana, poniendo el acento discursivo en la implantación perversa de todas las múltiples sexualidades periféricas, esto es, aquellas que no estaban vinculadas con el estatuto matrimonial (Foucault, 2012: 55). Así, esta voluntad del saber de la sexualidad decimonónica se contrapuso al foco de análisis de la Edad Media que había hecho hincapié en las prácticas sexuales vinculadas a la unión conyugal (Foucault, 2012: 39). La confesión de dichas prácticas, había sido el procedimiento preponderante a través del cual se producía la verdad sobre el sexo. Lo seguiría siendo. En el siglo XIX, se hizo funcionar los rituales de la confesión en los esquemas de la regularidad científica (Foucault, 2012: 65). Este proceso, como lo explica Foucault (2012: 66), tuvo lugar debido a ciertos factores, a saber, 1) la codificación clínica del “hacer hablar” a través de la hipnosis y las asociaciones libres; 2) el postulado de una causalidad general y difusa, mediante el cual se asumió que cualquier suceso originado en la conducta sexual dispararía consecuencias en cualquier otro aspecto de la existencia misma; 3) El principio de una latencia intrínseca a la sexualidad, a través del cual se reconocía la necesidad de indagar no sólo lo que el sujeto interrogado deseaba esconder, sino también lo que estaba escondido para él mismo; 4) el método de la interpretación, que producía la completitud de la verdad sexual a partir de las consideraciones del interrogador; 5) y la medicalización de los efectos de la confesión, que distinguía lo normal de lo patológico y perseguía la elucubración de una cura para esto último. En este esquema, Foucault se refiere a la idea de una hipótesis represiva a través de la cual explica que los dispositivos que buscaban reprimir las manifestaciones desviadas de la sexualidad (religión, ciencia médica, escuelas, etc.), producían todo

un discurso sobre ella. Es decir, mientras el poder buscaba acallar las voces y expresiones sexuales disidentes, el mismo poder lograba la producción de ellas.

Ahora bien, luego de haber desarrollado la evolución legislativa a favor de los derechos LGBTI es interesante traer a colación la mirada crítica de Leticia Sabsay quien afirma que

Si reparamos en el hecho de que la mayor apertura política con respecto a la heterogeneidad social no parece estar suponiendo una desarticulación profunda de las jerarquías en las que esa heterogeneidad se sostiene, ¿cómo pensar las relaciones de poder en un contexto político donde la amplia aceptación de la 'relatividad' de las identidades –esto es, el hecho de que al menos dentro de ciertos contextos, se entiende que las identidades son constructos sociales-, es justamente la que da pie a la subordinación?... Esta constelación parecería insinuar que nos encontramos en un escenario en el que el poder no funciona solo productivamente gracias a su figuración represiva, sino que parece tornarse aún más eficaz allí donde se muestra abiertamente como un espacio netamente productivo... ¿Cómo pensar entonces un biopoder que, evidentemente, supone nuevas formas y nuevos contenidos de normativización sociosexual? ¿Cómo pensar incluso en los derechos mismos por los que luchamos como una forma de regulación más? (Sabsay, 2011: 22-23)

Entonces, este comentario deja abierta la posibilidad de la indagación crítica respecto a los efectos de las leyes progresistas que en materia de sexualidad se han dado en Argentina. Esto es, una vez que el poder deja de ser represivo sino más bien productivo de esas sexualidades antes acalladas por la norma, ¿qué nuevos problemas jurídicos emergen? Por ejemplo, podría pensarse en el caso de las personas trans que han sido empoderadas mediante el reconocimiento estatal de su identidad autopercebida, pero al mismo tiempo el Estado no se hace cargo de la situación de exclusión y pobreza a la que este colectivo es sometido.

En otro orden de ideas, la perspectiva crítica sobre la sexualidad ha introducido la categoría de disidencia sexual. Desde este enfoque conceptual se entiende que la diversidad sexual hace referencia a la variedad o heterogeneidad de manifestaciones sexuales entre las cuales la heterosexualidad es una más. Sin embargo, la disidencia sexual supone que en el elenco de diversidades sexuales la heterosexualidad es la hegemónica y, por lo tanto, es a través de ella que se ha establecido un modelo normativo que rige a las demás manifestaciones de sexualidad. Por ejemplo, todo el legítimo progreso que han tenido los derechos de parejas LGBTI en cuanto a poder contraer matrimonio y acceder a la filiación a través de la adopción y de las técnicas humanas de reproducción asistida nos hablan de un modelo de familia tipo de dos padres o madres con sus hijos. Esto

es, el modelo de la heteronormatividad. Así, la diversidad sexual aparece regida desde las prácticas de una sexualidad hegemónica a cuyos cánones pareciera que las personas siempre deben obedecer. Por ello, la disidencia sexual permite pensarnos más allá de este modelo cuestionando permanentemente dicha hegemonía heteronormativa.

## 6. Conclusión

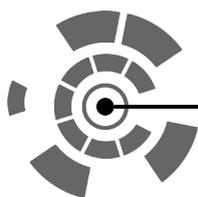
En suma, los discursos sobre la sexualidad se ven plasmados en distintas lecturas que pueden formularse desde las perspectivas que integran la filosofía del derecho. Se ha podido ver de qué manera las discursividades iusfilosóficas recorren e impregnan los vericuetos del derecho Argentino. Aun aquellas doctrinas que niegan la posibilidad de las valoraciones vinculadas a lo jurídico ofrecen un esquema de pensamiento desde el cual se puede fundamentar la protección de los derechos LGBTI. Considero que el desafío intelectual que este panorama nos genera, consiste en deconstruir al derecho, incluso aquel considerado de progresista por reconocer la diversidad sexual. En esta tarea, la noción de disidencia sexual invita a quebrantar los estereotipos de la heteronormatividad que la misma legislación de vanguardia reproduce.

## Bibliografía

- AFTALIÓN, E.; VILANOVA, J.; RAFFO, J. (2009) *Introducción al derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot.
- BARBAROSCH, E. (2013). *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*. La ley. Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, G. (1992) El fallo de la corte suprema en el caso de la Comunidad Homosexual Argentina. *Revista Jurisprudencia Argentina* n° 5765. Buenos Aires
- CÁRCOVA, C. (2014) Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho en las sociedades complejas. En Cárcova, C (Coord.) *Los derechos fundamentales en la Constitución: Interpretación y lenguaje*. AbeledoPerrot. Buenos Aires
- DONNA, E. (1991) *Derecho penal, parte especial*. Rubinzal-Culzoni. Santa fe.
- FINNIS, J. (2011) *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press. New York.

- (1994). Law, Morality, and “Sexual Orientation”. Notre Dame LawReview. Vol. 69:5. Notre Dame LawSchool.
- FOUCAULT, M. (2012). *Historia de la sexualidad I: La voluntad del saber*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- GARGARELLA, R. (1999) *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ed. Paidós. Barcelona.
- GUIBOURG, R. (2006). *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Colihué: Buenos Aires.
- NINO, C. (2014) *Introducción al análisis del derecho*. Astrea. Buenos Aires
- PINTO, M. (1997). *Temas de Derechos Humanos*. Editores del Puerto. Buenos Aires
- RAWLS, J. (1999). *A theory of justice*. Harvard UniversityPress. Cambridge, Massachussets.
- SCHIRO, V. (2015) Orientación sexual, identidad de género y relaciones intra-familiares. Algunas reflexiones sobre el estado de positivización de los arreglos familiares en un marco de diversidad sexual. *Revista de Derecho de Familia* n° 71. Abeledo-Perrot.
- SABSAY, L. (2011). *Fronteras sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. Paidós. Buenos Aires.
- TENCA, A. (2017) *Delitos Sexuales*. Astrea. Buenos Aires.
- VITURRO, P. (2013) La revolución de lxs “nada”: Una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación. *Anuario de Derechos Humanos* n° 9.

## Una aproximación a las respuestas reguladoras del ámbito transnacional.



*Daniela Bardel*

(UNICEN)

### Resumen:

Una de las conclusiones a las que arribamos en el desarrollo de la tesis doctoral (“La responsabilidad social de las personas jurídicas de Derecho Privado en el Derecho argentino. Un estudio jurídico de contexto”), en relación a la tercera parte de la investigación referida a las consecuencias ad extra de la Responsabilidad Social (RS), en particular en el Derecho Internacional, era que las consecuencias en este ámbito reflejaban la brecha regulativa que se atraviesa para normar los temas sociales, laborales y medioambientales transnacionales que atañen a los sujetos privados. De un lado, las mayores posibilidades de respuesta se daban desde el Derecho Internacional Privado con sus técnicas de reglamentación directa (a través de las normas imperativas y de la autonomía material). En tanto, el método indirecto en el espacio de la UE (donde están integrados home states) no brinda actualmente una respuesta adecuada a los casos de vulneración de derechos humanos acaecidos en terceros Estados (host states) por la exigencia del “vínculo comunitario”. Por su parte, la regulación de Estados Unidos (también home state) en la interpretación actual de la ATCA tampoco da oportunidades de reparación a las víctimas de vulneraciones de los derechos humanos.

Por otro lado, desde la óptica del Derecho Internacional Público los sujetos privados (personas jurídicas) no alcanzan subjetividad, y en consecuencia no son destinatarios de su regulación. La perspectiva de la eficacia horizontal de los derechos humanos otorga una respuesta, pero limitada al ámbito del Derecho estatal. Por lo que la obligación extraterritorial de los Estados aún en proceso de construcción aparece como una posible solución a la laguna normativa trans-

nacional, que asimismo vincula al Derecho Internacional Público y Privado en torno al concepto de derechos humanos.

En esta ponencia, es nuestra intención a partir de las conclusiones arriba-das profundizar en el estudio de las respuestas jurídicas que se dan en el Derecho Internacional Privado (particularmente con las técnicas de reglamentación directa) y ponerlas en relación con el incipiente desarrollo de la obligación extraterritorial de los Estados, viendo de este modo la interacción entre ambos sistemas desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho.

## 1.- Introducción

En este trabajo partimos de la premisa de identificar una brecha regulativa para normar los temas sociales, laborales y medioambientales en relación a los sujetos privados que realizan actividades económicas a escala transnacional, es decir, de las “empresas multinacionales” (en adelante EM)<sup>4</sup>.

En tanto, desde la óptica del Derecho Internacional Público los sujetos privados (personas jurídicas) no alcanzan subjetividad, y en consecuencia no son destinatarios de su regulación y asimismo la perspectiva de la eficacia horizontal de los derechos humanos otorga una respuesta, pero limitada al ámbito de los derechos estatales<sup>5</sup>.

Ante este escenario la obligación extraterritorial de los Estados -aún en proceso de construcción- aparece como una posible solución a la <<laguna normativa transnacional>>, que vincula al Derecho Internacional Público y Privado en torno al concepto de derechos humanos.

En virtud de lo dicho, consideramos que las mayores posibilidades de respuesta –en la actualidad- se dan desde el Derecho Internacional Privado con sus técnicas de reglamentación directa (a través de las normas imperativas y de la autonomía material)<sup>6</sup>.

En esta ponencia, es nuestra intención profundizar en el estudio de las respuestas jurídicas que se dan en el Derecho Internacional Privado y ponerlas en relación con el incipiente desarrollo de la obligación extraterritorial de los Estados, viendo de este modo la interacción entre ambos sistemas desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho.

<sup>4</sup> Sobre el concepto de EM puede verse MARTIN-ORTEGA: 2008.

<sup>5</sup> Puede verse BONET PÉREZ: 2008.

<sup>6</sup> Por cuanto el método indirecto en el espacio de la UE (donde están integrados *home states*) no brinda actualmente una regulación adecuada a los casos de vulneración de derechos humanos acaecidos en terceros Estados (*host states*) por la exigencia del “vínculo comunitario” y la regulación de Estados Unidos (también *home state*) en la interpretación actual de la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) tampoco da oportunidades de reparación a las víctimas de vulneraciones de los derechos humanos. Puede verse REQUEJO ISIDRO: 2011 y ZAMORA CABOT: 2013.

## 2.- Posibles respuestas del Derecho Internacional Privado

### 2.1.- Normas imperativas o de aplicación inmediata

En tanto el poder de ejecución de los Estados (*jurisdiction to enforce*) se limita a su propio territorio, el poder para normar (*jurisdiction to prescribe*) o para juzgar (*jurisdiction to adjudicate*) puede extenderse extraterritorialmente, a través del ejercicio de la jurisdicción (criterios de competencia judicial internacional) o de la aplicación de normas por parte de las autoridades (judiciales o no judiciales) del foro, de esta manera los Estados actúan extraterritorialmente (OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN: 2016).

Así las llamadas normas imperativas de Derecho Internacional Privado, leyes de policía o de aplicación inmediata, fueron definidas por Ph. Francescakis como aquellas normas que:

*“Conciernen a la organización política, económica o social del Estado que las ha dictado, y que se derivan directamente del principio de soberanía, operando mediante el método unilateralista, se traten de leyes de policía del foro o de leyes de policía extranjeras”*<sup>7</sup>. (FRANCECAKIS: 1996: 13).

Sin embargo, este método presenta dificultades en nuestro tema. Unas de tipo político, como la inferencia en los asuntos internos del Estado de acogida por parte del Estado de origen. Así se señala que si los países de origen adoptan medidas legislativas para regular la conducta de las empresas filiales, pueden interferir en los asuntos internos de los países de acogida (BANTEKAS: 2004). Asimismo surgen dudas sobre la legitimidad de extender la jurisdicción. Otras dificultades son de índole económica, como la referida a la capacidad competitiva o la disposición del servicio de justicia a personas extranjeras (REQUEJO ISIDRO: 2011)<sup>8</sup>.

Aunque aún no se ha determinado la dimensión extraterritorial del deber de protección de los Estados en virtud de las normas internacionales de derechos humanos, las tendencias actuales no exigen a los Estados regular o juzgar las actividades extraterritoriales de las empresas registradas bajo su jurisdicción, aunque tampoco se los prohíbe, siempre que exista **una base jurisdiccional reconocida y se satisfaga un criterio general de razonabilidad** (PIGRAU SOLÉ:

<sup>7</sup> Por su parte, Lando ha considerado que se trata de “*normas que la lex fori o sus tribunales consideran de la suficiente importancia para ser aplicables con independencia de las leyes que en otro caso regularían las relaciones de acuerdo con las normas de conflicto del foro.*” (LANDO: 1987/2: 206). Puede verse también VICENTE BLANCO: 1999.

<sup>8</sup> Respecto del *host state* lo que dificulta el control son las deficiencias en el sistema legal y judicial y desde una perspectiva económica, el temor a desincentivar la inversión extranjera (REQUEJO ISIDRO: 2011). Esta situación de falta de respuesta jurídica por ambos Estados puede dar lugar a lo que se denomina “laguna de responsabilidad” (GINER: 2008).

2012).

En esta interpretación, los Estados, asumiendo sus obligaciones (extraterritoriales), **pueden** configurar sus normas de manera que sometan a las EM radicadas en ellos, y a sus subsidiarias en el extranjero, a actuar según los imperativos de los derechos humanos (ZAMORA CABOT: 2013).

De esta manera, los Estados de origen de las EM cuentan con posibilidades de bases de competencia jurisdiccional y legislativa para modular las conductas de empresas en el extranjero, y de hecho, las utilizan en materias como control de transferencia de tecnología, *antitrust*, mercado de valores, entre otras. Pero frente a esta realidad se observa un desinterés de los Estados de origen por regular el comportamiento de sus multinacionales en materia de derechos humanos (ZAMORA CABOT: 2013).

No obstante, encontramos iniciativas de regulación extraterritorial de la conducta de las EM. En primer lugar, **las que luchan contra la esclavitud y la trata de personas**. Dentro de éstas, la **Ley Californiana de Transparencia en las Cadenas de Suministro** (2012) que obliga a los vendedores minoristas y a los fabricantes que operan en California y cuyos ingresos brutos anuales son iguales o superiores a los cien (100) millones de dólares a divulgar sus iniciativas para terminar con la esclavitud y la trata de personas y proteger los derechos fundamentales en toda la cadena de suministro (OIT: 2016).

La ley obliga a las EM que reúnen una serie de características a que divulguen sus acciones a favor de la erradicación de las prácticas esclavistas y el tráfico de seres humanos, no solo dentro de la propia empresa sino en toda la cadena de suministro. Establece sanciones para el incumplimiento de la obligación de publicar información (la Fiscalía General del Estado es quien controla el cumplimiento de la obligación), pero el legislador cuenta con que sea el consumidor el que garantice la efectividad de la ley (la información deberá publicarse en la página *web* de la empresa o ponerse a disposición del solicitante en caso de no contar con página *web*) (MUÑOZ FERNÁNDEZ y SALES PALLARÉS: 2013)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Se señala que la regulación se concibe desde el entendimiento que la falta de información impide al consumidor saber qué empresas están haciendo esfuerzos y cuáles no, de forma que no pueden participar con sus decisiones en la erradicación de la trata de personas en la cadena de suministro. El recurso posible ante un incumplimiento es la acción del *Attorney General* para que se dicte una orden judicial que obligue a la empresa a observar la ley, publicando la información requerida. En concreto la empresa debe expresar: a) Si participa en la verificación de las cadenas de suministro de los proveedores para evaluar y abordar riesgos de trata de personas y esclavitud, deberá aclararse si la verificación no se llevó a cabo por un tercero; b) Si lleva a cabo auditorías de los proveedores para evaluar si cumplen con los estándares de la empresa sobre trata de personas y esclavitud en las cadenas de suministro, debiendo aclararse si la verificación no fue hecha por auditoría independiente y sin previo aviso; c) si exige que los proveedores directos certifiquen que los materiales incorporados en el producto cumplen con la legislación sobre esclavitud y trata de personas de los Estados en los que están realizando actividades económicas; d) si posee

Por su parte, en el **Reino Unido** la ley sobre **Esclavitud Moderna** del año 2015 obliga a las empresas con unos ingresos superiores a los treinta y seis (36) millones de libras esterlinas a que comuniquen sus iniciativas para luchar contra la trata de personas en sus cadenas de suministro (OIT: 2016).

En segundo lugar, las **iniciativas sobre los minerales extraídos en zonas de conflicto**. Como la **Dodd-Frank Act** relativa a los llamados <<minerales de conflicto>> en las cadenas de suministro de empresas tecnológicas (PRANDI: 2012). La misma exige que las empresas de nacionalidad norteamericana informen anualmente si los minerales que utilizan para el funcionamiento o producción de un artículo tienen como lugar de origen la República Democrática del Congo o un país adyacente. En caso afirmativo, deben presentar un informe sobre las medidas tomadas para cumplir con la debida diligencia en la fuente de minerales y su cadena de custodia (CANTÚ RIVERA: 2013)<sup>10</sup>.

Sobre la misma materia el **Reglamento UE 2017/821** del 17 de mayo de 2017 establece obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o alto riesgo, para que los grupos armados y fuerzas de seguridad tengan menos oportunidades de comerciar con tales minerales. Su propósito es aportar transparencia y seguridad jurídica<sup>11</sup>.

Como se señala en el punto décimo de los considerando del Reglamento, tales minerales pueden estar presentes en productos de consumo y por tanto relacionan a los consumidores con conflictos fuera de la Unión. Por ello, los <<ciudadanos de la Unión>> han exigido una regulación para hacer que los agentes económicos sean responsables de conformidad con las directrices de las ONU y de la OCDE<sup>12</sup>.

Otra posibilidad de este tipo de regulación se da mediante los procedimientos internos de rendición de cuentas y procedimientos para los empleados y contratistas que no cumplen con las normas de empresa con respecto a la esclavitud y la trata de personas; e) Si dota a los empleados y gestores de la empresa con responsabilidad en la cadena de suministro de la capacitación necesaria (MUÑOZ FERNÁNDEZ y SALLES PALLARÉS: 2013). Puede verse también PICKLES y ZHU: 2013.

<sup>10</sup> Puede verse TAYLOR: 2012.

<sup>11</sup> Reglamento UE 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017. Sobre minerales en zonas de conflicto y el proceso de su regulación en la UE puede verse ZARAGOZA MONTEJANO: 2016.

<sup>12</sup> Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales (2011) y Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar (2011).

El artículo cuarto establece las obligaciones relativas al sistema de gestión, el quinto las obligaciones en materia de gestión de riesgos, el sexto las obligaciones en materia de auditoría externa y el séptimo las obligaciones de comunicación. El artículo decimosexto establece que los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables a la infracción del Reglamento. Y que en caso de infracción, las autoridades competentes de los Estados miembros notificarán las medidas correctoras que deberá adoptar el importador de la Unión.

sos de **certificación**. Particularmente respecto de los <<**diamantes en zonas de conflictos**>>, el proceso Kimberley adoptado en la Unión Europea mediante el **Reglamento N° 2368/2002**. A partir del proceso, los diamantes son bienes limitados en su comercialización y los diamantes conflictivos tienen la consideración de bienes *extra commercium* como consecuencia del compromiso de los participantes de no comerciar diamantes de países que no sean parte en el Sistema de Certificación. Tales prescripciones de carácter imperativo encuadran en las normas de intervención (DIAGO DIAGO: 2016).

En consecuencia, cualquier norma del contrato que resultare aplicable conforme a lo dispuesto en el Convenio y que no respetase los principios base del Proceso Kimberley deberá ser excluida por incompatible con el orden público del foro. El límite del orden público internacional funcionará como *ultima ratio*, cuando la *lex contractus* permitiera la ejecución del contrato, originando la exclusión de aquella ley que habilitara el cumplimiento del contrato, o cuando le diera una consideración diferente a los diamantes, V.gr. no considerándolos bienes fuera del comercio (DIAGO DIAGO: 2016).

## **2.2.- Autonomía material**

Como ha señalado Nuria Bouza la autonomía material consiste en el poder autorregulador de los contratantes (BOUZA VIDAL: 2005). Se ha dicho, en particular, que por medio de esta autonomía las partes pueden descartar la aplicación de las normas coercitivas del derecho elegido, a través de la incorporación al contrato de normas materiales que les sean contrarias (BOGGIANO: 1983).

Dentro de este método, Otero García Castrillón postula la hipótesis de considerar a los contratos internacionales como fuentes para la armonización internacional de los estándares internacionales bajo dos (2) premisas. La primera, la exigencia de que los productos y servicios como objetos del comercio internacional cumplan una serie de requisitos, lo que lleva a perseguir la armonización internacional de los estándares (laborales, ambientales, sociales); la segunda referida al contrato como fuente de obligaciones entre los sujetos de Derecho Privado (analizando en este caso el efecto relativo de los contratos y la posibilidad de considerar el efecto frente a terceros) (OTERO GARCÍA-CAS-TRILLÓN: 2008)<sup>13</sup>.

Respecto de la primera premisa se considera la posibilidad de armonización – o “integración positiva”- de los estándares a escala internacional, y en

---

<sup>13</sup> Señala Farjat que el medio más usual de garantizar la eficacia de las reglas de un código de conducta es el contrato. El ejemplo de los bancos es paradigmático. Un banco puede ser libre de no adherirse a la Asociación de la Banca, y en consecuencia que no se le aplique el código. Pero esa libertad es meramente teórica, pues si no se adhiere será excluido de la actividad bancaria. Este supuesto puede ser extrapolable a otros sectores de la economía (FARJAT: 2004)

el desarrollo de mecanismos que aseguren su cumplimiento. La armonización supone fijar niveles comunes de exigencia para los productos y servicios que se comercializan en el mercado internacional y requiere la actuación de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales en cada uno de los sectores del comercio (OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN: 2008)<sup>14</sup>.

La autonomía material se presenta –aún con sus límites- como una de las mayores posibilidades para el establecimiento de estándares sociales y medioambientales en el espacio transnacional, a través de los contratos internacionales se le puede otorgar una vía de “entrada” al sistema jurídico a los códigos de conducta, los Acuerdos Marco Transnacionales (AMT) y las normas de verificación.

En lo que refiere a los mecanismos que aseguren su cumplimiento, los mismos estarían dados por los controles administrativos (aduanas) y por la autoejecución de la autorregulación a través de los mecanismos de información y verificación (OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN: 2008)<sup>15</sup>. Nos encontramos así en presencia de la *lex mercatoria*.

Se afirma que no obstante el carácter voluntario de los estándares establecidos, la acción normativa y jurisprudencial de los Estados y de otras organizaciones internacionales –especialmente la Organización Mundial del Comercio (OMC)- o de los arbitrajes internacionales –comerciales o de inversión- pueden llevarlos indirectamente a adquirir carácter obligatorio. De este modo, las autoridades públicas estimulan la autorregulación e incluso, pueden respaldar modelos internacionales de códigos de conducta que, por lo tanto, podrían llegar a ser considerados estándares de orden público para ese Estado. V.gr. muchos Estados adhieren a las Líneas Directrices de la OCDE para las EM, no solo unilateralmente sino en el marco de sus acuerdos comerciales y, por otra parte, las legislaciones nacionales pueden remitirse a los estándares de la Organización Internacional de Normalización (ISO) (OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN: 2008).

En esta línea, se propone de *lege ferenda* para mejorar el método de regulación a través de la contratación internacional que los Estados podrían adoptar normas específicas para la cadena de suministro para las empresas importadoras y modificar los principios del Derecho contractual o del Derecho de la responsabilidad civil para otorgarle a determinados legitimados activos (como las ONG o los particulares) el derecho para hacer cumplir los términos establecidos en la regulación contractual de la cadena de suministro (VANDENBERGH: 2007).

Respecto de la segunda premisa, es decir, en lo referente a la vinculatoriedad de los estándares **entre la partes** puede derivar en la resolución del contrato con el proveedor por incumplimiento, si tal previsión forma parte del contrato

<sup>14</sup> Para el estudio del contrato internacional incorporando estándares medioambientales puede verse VANDENBERGH: 2007. El autor señala que la incorporación puede hacerse mediante las técnicas de objetivos medioambientales, cumplimiento de la ley local o sistemas de gestión medioambientales.

<sup>15</sup> Para normas de verificación puede verse MONEVA: 2005.

comercial, en otras palabras, si se estipuló que el incumplimiento del código de conducta como causal de resolución del contrato. La prueba del incumplimiento puede provenir por la acreditación de un tercero independiente o por la no obtención de los certificados exigidos (OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN: 2008). También se pueden prever otro tipo de medidas, como las acciones correctivas.

En este aspecto cobra importancia la precisión de los compromisos, pues su estipulación como mera declaración de intenciones tornaría más dificultosa la posibilidad de aplicar la consecuencia jurídica (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: 2013)<sup>16</sup>.

En relación a **los terceros**, pueden surtir efectos siempre que sean identificables los beneficiarios, que pueden ser colectivos de personas respecto de los cuales puede haberse establecido el compromiso contractual de respetar determinados estándares. Se trata del supuesto de extender internacionalmente la aplicación de estándares (OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN: 2008).

Se debe tener presente si se prevé un mecanismo o procedimiento de denuncia por parte del tercero, para considerarlo como un compromiso indirecto de naturaleza contractual (OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN: 2008)<sup>17</sup>.

En lo que refiere a la posibilidad de exigir el contenido de un código apunta Kenny que, en materia laboral, el instrumento debe en primer lugar contener una promesa lo suficientemente clara para que el trabajador pueda razonablemente creer que una oferta ha sido hecha; en segundo lugar la declaración debe haber sido difundida por el empleador de tal manera que el trabajador sea consciente de su contenido y razonablemente crea que es una oferta; y en tercer lugar el trabajador debe haber aceptado la oferta comenzando o continuando la relación laboral luego de haber conocido la declaración (KENNY: 2006-2007)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> V.gr. es diferente una cláusula que estableciese “la empresa contratante deberá cumplir con los estándares mínimos internacionales en materia de empleo y ocupación”, de otra que dispusiese “la empresa contratante procurará adoptar los estándares mínimos” (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: 2013).

<sup>17</sup> Un problema vinculado a este supuesto que nos introduce en el método indirecto es la ley aplicable a la determinación del carácter vinculante del código de conducta: ámbito de responsabilidad extracontractual (ausencia de vínculo contractual). Criterio de la *lex loci*, con independencia de las correcciones eventualmente aplicables y de los problemas relativos a la determinación del lugar del daño (OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN: 2008).

<sup>18</sup> Se menciona en el Derecho comparado el caso *Wal-Mart* de la jurisprudencia norteamericana, en el cual en el año 2005 los empleados (trabajadores de China, Bangladesh, Indonesia, Suazilandia y Nicaragua) de la empresa suministradora y los empleados de los competidores de Wal-Mart del sur de California entablaron una acción de clase contra Wal-Mart alegando ruptura del contrato como terceros beneficiarios (o supletoriamente como empleados de Wal-Mart en su conjunto), negligencia, enriquecimiento ilícito, violación de la ley de competencia desleal de California y violación de la ATCA. Los empleados de las empresas suministradoras quisieron prevalerse del código de conducta de *Wal-Mart* como terceros beneficiarios, demandando que la empresa estaba obligada a asegurar el cumplimiento del código de conducta y monitorear adecuadamente las condiciones de trabajo (como salarios, horas de trabajo, discriminación) en

En sentido similar, pero respecto de los AMT se distinguen aquellos que contienen meras declaraciones, en los que se asume un deber de información y persuasión de aquellos en los que se establecen medidas específicas para hacer efectivo el compromiso, ya sea que se asuma responsabilidad y/o se constituya en *conditio sine qua non* para el inicio y la continuidad de la relación laboral (CORREA CARRASCO: 2016).

### **3.- Posible respuesta del Derecho Internacional Público: el deber del Estado de proteger los derechos humanos mediante obligaciones de carácter extraterritorial**

El deber del Estado de proteger contra la interferencia en el disfrute de los derechos humanos por terceras partes, constituye la raíz misma del régimen internacional de derechos humanos e incluye el deber de prevenir, investigar y castigar los abusos, y de proporcionar vías eficaces de reparación (GINER: 2008)<sup>19</sup>.

Pero como mencionáramos al analizar el método de regulación a través de normas imperativas del Derecho Internacional Privado, la discusión sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales se encuentra en un estado muy embrionario (GÓMEZ ISA: 2015).

La disposición clave en esta materia es el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual establece<sup>20</sup>:

*“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la ple-*

---

las fábricas de sus proveedores. En tanto, los demandantes de California alegaron perder sus beneficios y salarios porque sus empleadores se encontraban en una desventaja injusta y se vieron obligados a reducir la compensación para competir con Wal- Mart.

La Corte del Noveno Circuito falló en julio de 2009, estableciendo en base a los criterios fijados para que un código de conducta sea vinculante (véase lo que se mencionó *supra*) que no estaban presentes en el caso del código de Wal-Mart.

Class Action Complaint for Injunctive Relief and Damages, Doe v. Wal- Mart Stores, Inc., No. CV 05-7307 GPS (C.D Cal 2005) (KENNY: 2006/2007 –REVAK: 2012).

<sup>19</sup> Su profundización excede el marco de nuestro objeto de estudio centrado en la responsabilidad de los sujetos privados. No obstante, constituye parte estructural del sistema tal como se conforma actualmente, y queda reflejado en el diseño de los Principios de Naciones Unidas “Proteger, respetar y remediar”.

<sup>20</sup> Sobre la visión de la obligación extraterritorial de los Estados conforme a los conceptos tradicionales KANALAN: 2018.

na efectividad de los derechos aquí reconocidos”<sup>21</sup>.

La disposición se sitúa en un terreno muy genérico e impreciso, lo que convierte en muy difícil de determinar el alcance de la obligación (GÓMEZ ISA: 2015).

En la búsqueda de una respuesta para zanjar la brecha regulativa, es decir, para completar la “laguna” que se da en el ámbito transnacional, adquieren importancia los **Principios de Maastrich sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados** en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PM). Los PM fueron adoptados en el año 2011 por cuarenta (40) expertos en Derecho Internacional, en una Reunión Convocada por la Universidad de Maastrich y la Comisión Internacional de Juristas<sup>22</sup>.

En la Introducción se destaca que la Opinión Internacional de los Expertos reitera las normas de los derechos humanos pero en el área de las obligaciones extraterritoriales, es decir, que no crean nuevos “elementos” sino que interpretan los existentes.

En especial, las disposiciones previstas en el punto **IV “Obligaciones de Proteger”** presenta interés para lo que aquí tratamos. La obligación general de proteger está basada en la tipología de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de respetar, proteger y cumplir. El principio N° 23 (veintitrés) impone al Estado un deber positivo de adoptar medidas para proteger los derechos económicos, sociales y culturales de interferencias (DE SCHUTTER *et. al.*: 2013)<sup>23</sup>.

El deber del Estado de proteger los derechos humanos mediante la regulación de la conducta de actores privados se extiende a los casos en que tal conducta puede llevar a violaciones de los derechos humanos en el territorio de otro Estado, conforme al Principio N° 24 (veinticuatro) (DE SCHUTTER *et. al.*: 2013)<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Kanalan da cuenta de la inconsistencia (paradoja) de fundar la obligación extraterritorial de los Estados en las disposiciones de los Tratados, ejemplificando V.gr. que el derecho a la libertad de asociación puede tener un interpretación limitada a la territorialidad (*state jurisdiction*) si se lo interpreta desde el PIDCYP (art. 22) o extraterritorial si se lo interpreta desde el PIDESC (art. 8). Por ello postula la necesidad de un nuevo concepto que pueda explicar la obligación extraterritorial de los Estados, como el poder normativo de los derechos humanos. KANALAN: 2018.

<sup>22</sup> Sobre otros antecedentes en cuanto a obligaciones extraterritoriales ZAMORA CABOT: 2013.

<sup>23</sup> **23. Obligación general.** Todos los Estados deben adoptar medidas, por separado y conjuntamente mediante la cooperación internacional, para proteger los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que se encuentran dentro de su territorio y extraterritorialmente, como se establece en los Principios 24 a 27.

<sup>24</sup> **24. Obligación de regular.** Todos los Estados deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que los actores no estatales que estén en condiciones de regular, como se establece en el Principio 25, incluyendo individuos y organizaciones privadas, empresas transnacionales y otras empresas comerciales, no anulen o menoscaben el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Éstas incluyen, entre otras, medidas administrativas, legislativas, de investigación,

Bajo esta perspectiva, se ha criticado a la propuesta de John Ruggie por la falta de aproximación a la situación de la aplicación extraterritorial de normas internas de derechos humanos por parte de los Estados (CANTÚ RIVERA: 2013).

#### 4.- A modo de cierre

Como conclusión provisoria, advertimos que las respuestas actuales desde la perspectiva del método directo del Derecho Internacional privado son limitadas. No obstante, consideramos que el desarrollo de la perspectiva del Derecho Internacional Público sobre las obligaciones extraterritoriales puede contribuir a que ambas ramas busquen una respuesta regulatoria en torno a la noción de derechos humanos.

#### Bibliografía

- BANTEKAS, I. (2013). *Corporate Social Responsibility in International Law*, disponible en: [www.bu.edu/law/journals-archive/international/.../309-348.pdf](http://www.bu.edu/law/journals-archive/international/.../309-348.pdf), consultado el 9/7/2016.
- BOGGIANO, A. (1983). *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones de Palma.
- BOUZA VIDAL, N. (2005). *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales*. Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004, Universidad del País Vasco.

---

y de adjudicación. Los demás Estados tienen la obligación de abstenerse de anular o menoscabar el cumplimiento de esta obligación de proteger.

**25. Bases para la protección.** Los Estados deben adoptar y aplicar efectivamente medidas para proteger los derechos económicos, sociales y culturales a través de medios legales y de otra índole, incluyendo medios diplomáticos, en cada una de las siguientes circunstancias: c) en lo referente a empresas comerciales, cuando la empresa, la compañía matriz o la sociedad que ejerce el control, tiene su centro de actividad, está registrada o domiciliada, o tiene su sede principal de negocios o desarrolla actividades comerciales sustanciales en el Estado en cuestión.

**26. Posición de influencia.** Los Estados que estén en condiciones de ejercer influencia sobre la conducta de actores no estatales, como por ejemplo a través de su sistema de contratación pública o la diplomacia internacional, aún cuando no estén en condiciones de regular tal conducta, deben ejercer dicha influencia, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional general, a fin de proteger los derechos económicos, sociales y culturales.

**27. Obligación de cooperar.** Todos los Estados deben cooperar para asegurar que los actores no estatales no menoscaben el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de ninguna persona. Esta obligación incluye la adopción de medidas para prevenir abusos de derechos humanos cometidos por actores no estatales, hacerlos rendir cuentas por tales abusos y garantizar recursos efectivos para las personas afectadas.

- CANTÚ RIVERA, H. (2013). *Evaluando los principios rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos a dos años de su adopción*. Revista Internacional de Derechos Humanos, N° 3, año III.
- DE SCHUTTER, O. et. al. (2013). *Comentario a los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, disponible en: [http://www.etoconsortium.org/nc/en/mainnavigation/library/documents/?tx\\_drblob\\_pi1%5BdownloadUid%5D=191](http://www.etoconsortium.org/nc/en/mainnavigation/library/documents/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=191), consultado el 26/6/2017.
- DIAGO DIAGO, M. (2009). *El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del proceso Kimberley*. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 1, N° 1.
- FARJAT, G. (2004). *Pour un droit économique*, Paris, PUF.
- FRANDESCAKIS, Ph (1966). *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit des lois*, Rev. Crit. Dr. Internac. Priv.
- GINER, A. (2008). *Las empresas transnacionales y los derechos humanos*. Revista Lan harremanak N° 19, 2008-II.
- GÓMEZ ISA, F. (2015). *Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos: ¿hacia un marco jurídico internacional de carácter vinculante?*. Revista de Responsabilidad Social de la Empresa”, N° 20.
- KANALAN, I. (2018). *Extraterritorial State Obligations Beyond the Concept of Jurisdiction*. German Law Journal, Vol. 19, N° 01.
- KENNY, K. (2006-2007). *Code or Contract: Whether Wal-Mart's Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers*. Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 27, N° 453.
- LANDO, O. (1987). *The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations*. Common Market Law Review, Vol. 24, 1987/2.
- MARTIN- ORTEGA, O (2008). *Empresas multinacionales y derechos humanos en el derecho internacional*, España, Bosch.
- MONEVA, J. (2005). *Información sobre responsabilidad social corporativa: situación y tendencias*. Revista Asturiana de Economía”, N° 34.
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, A. y SALES PALLARÉS, L. (2013). *Leyes internas sobre transparencia de multinacionales: los particulares como agentes de la lucha contra las nuevas formas de esclavitud*. La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos. AA. VV. (Edit.), Madrid, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, N° 9, Universidad de Alcalá- Defensor del Pueblo.

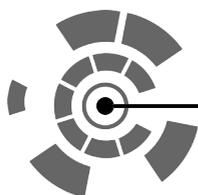
- NOGUES, P. (2013). *Responsabilité sociale des entreprises: concilier démocratie sociale, écologie et compétitivité*, Paris, Jean Jaurés Fondation.
- OIT (2016); *Informe IV: El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, 1º ed., Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 105º reunión.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (2016). *Derechos humanos y responsabilidad corporativa: vías para su articulación jurídica internacional*. Nuevos retos y amenazas a la protección de los derechos humanos en la era de la globalización, LÓPEZ MARTÍN, A. (Ed.) y CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (2008). *Autorregulación y establecimientos de estándares en los contratos internacionales*, AEDIPr, T. VIII.
- PICKLES, J. y ZHU, S. (2013). *The California Transparency in Supply Chain Act*. Capturing the Gains Working Paper N° 15.
- PIGRAU SOLÉ, A. (2012). *La jurisdicción extraterritorial como vía para hacer responsables a las empresas por daños al medioambiente causados en el extranjero: especial referencia al ATCA*. Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente. PEREZ ALONSO, E. (Coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch.
- PRANDI, M. (2012). *Empresas y derechos humanos, ¿y ahora qué? Hacia una convergencia de acciones voluntarias y vinculantes*. Empresas y derechos humanos: más allá de la crisis, JIMÉNEZ ARAYA, T. y SÁNCHEZ, V. (Edit.), Barcelona, Huygens.
- REQUEJO ISIDRO, M. (2011). *La responsabilidad de las empresas por violación de Derechos Humanos deficiencias del marco legal*. Scientia Juris.
- REVAK, H. (2012). *Corporate Codes of Conduct: Binding Contract or Ideal Publicity?*, Hastings Law Journal, Vol. 63, (6).
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. et. al. (2013). *Instrumentos de RSE: códigos de conducta y publicidad*, Responsabilidad social de las organizaciones. Una perspectiva jurídica en el marco de la economía sostenible en la Unión Europea, SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, M. (Coord.), Madrid, Grupo 5.
- TAYLOR, C. (2012). *Conflict Minerals and SEC Disclosure Regulation*, Harvard Business Law Review On line.
- VANDENBERGH, M. (2007). *The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contracting in Global Governance*, UCLA Law Review, N° 54.
- VICENTE BLANCO, D (1999). *La ley aplicable al contrato de consumo en el Derecho comunitario europeo. El tratamiento de las cláusulas abusivas*.

Revista de Estudios Europeos N° 22.

ZAMORA CABOT, F. (2013). *Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de Derechos Humanos: una visión de conjunto*. Papeles el tiempo de los derechos, N° 6.

ZARAGOZA MONTEJANO, A. (2016). *Los minerales de conflicto y el proceso de regulación en la Unión Europea, Empresas, Derechos Humanos y RSC. Una mirada holística desde las ciencias sociales y jurídicas*, AA. VV. (Dir. y Coord.), Aranzadi, Navarra.

## **El problema de la legitimidad. Un análisis jurídico de las nuevas barreras no arancelarias (BNA) al comercio internacional de agroalimentos.**



*María Eugenia Marichal*

(FCJS/UNL - CONICET)

### **Resumen:**

En el presente trabajo tiene por objeto analizar el problema de la legitimidad de ciertas normas jurídicas que pueden funcionar como “nuevas barreras no arancelarias” (BNA), específicamente, las vinculadas al comercio internacional de agroalimentos. En primer lugar, se explora el problema de la conceptualización de las BNA y se intenta determinar la legitimidad de estas medidas. El problema de la legitimidad se plantea desde dos perspectivas. Por un lado, en relación a los argumentos que, en una arena global, son considerados racionales y por lo tanto pueden servir de base y justificación a la imposición de normativas sanitarias y fitosanitarias vinculadas a los alimentos. Se relevan los problemas que presenta la producción de evidencia científica como requisito para evaluar la legitimidad de los estándares alimentarios nacionales vinculados a la protección del medio ambiente y del consumidor. Nos interrogamos acerca de qué lugar pueden ocupar otros tipos de saberes no vinculados a la ciencia moderna (saberes populares, conocimientos de pueblos originarios) para desafiar la aplicación de la normativa fitosanitaria internacional estandarizada. Por otro lado, se aborda el problema de la legitimidad desde una perspectiva geo-política. Teniendo en cuenta la gran influencia que ejercen los países centrales en la conformación y los procesos decisorios, tanto de los organismos intergubernamentales productores de estándares alimentarios (OMC, OMS y Codex Alimentarius) como de otros organismos internacionales o regionales

privados (Global Gap, ISO) nos planteamos hasta qué punto es legítima su aplicación en los países periféricos que, si bien no han formado parte de la construcción de los estándares, sufren sus consecuencias.

## 1.- El concepto de legitimidad

El presente trabajo tiene por objeto analizar el problema de la determinación de la legitimidad de las normas sanitarias y fitosanitarias del régimen del comercio internacional de alimentos. Es decir, se trata de entender cuándo se considera que pueden funcionar como *barreras no arancelarias* (en adelante, BNA). Se intenta demostrar que el orden jurídico internacional que regula el comercio internacional de alimentos es ilegítimo en la medida que no alcanza un nivel de procedimentalidad racional suficientemente entrelazado con la argumentación moral requerida para la resolución de los conflictos que presenta su aplicación.

Nos situamos en la conceptualización de legitimidad de Habermas (2000), que fuera construida a partir de una crítica a la interpretación weberiana acerca de la *desformalización del derecho*<sup>25</sup>. Según Weber, las cualidades formales del derecho son el resultado del trabajo de la dogmática jurídica. Los expertos en derecho son quienes resguardan ese formalismo en, al menos, tres aspectos: 1) dando una configuración sistemática al derecho en un corpus de proposiciones jurídicas formalizado, por lo que el orden jurídico puede ser abarcable y controlable; 2) la forma de ley abstracta y general brinda una estructura unitaria al sistema; y 3) la vinculación de la justicia y la administración a la ley garantiza una aplicación susceptible de cálculo (Habermas, 2000: 537).

Habermas entiende que Weber da un sentido crítico a la idea de materialización del derecho ya que funda la racionalidad del derecho precisamente en sus cualidades formales: “*materialización significaba para él moralización del derecho, a saber; la penetración de puntos de vista de justicia material en el derecho positivo*” (Habermas, 2000:539). Advierte que este razonamiento sólo puede ser admitido si las cualidades del derecho se interpretan como “racionales” en un sentido moralmente neutro<sup>26</sup>.

Ante esta estrategia weberiana de demostrar la racionalidad del derecho

---

<sup>25</sup> Habermas pretende extraer los supuestos implícitos de teoría moral de esta explicación de Weber, y demostrar que vienen a ser incompatibles con el escepticismo valorativo que éste proclama.

<sup>26</sup> Identifica tres aspectos del uso del término racional en Weber: 1) Un concepto lato de técnica: este aspecto de regularidad es importante para una cierta racionalidad de la acción, previsibilidad y calculabilidad. Cuando se trata de reglas técnicas, el concepto general de racionalidad anexa a la atinencia de reglas cobra el significado más estrecho de racionalidad instrumental; 2- Racionalidad con arreglo a fines: una acción es racional cuando no va gobernada por pasiones ciegas o tradiciones; 3- Racional por ser el resultado del trabajo intelectual de los expertos que configuran y articulan analíticamente los sistemas (Habermas, 2000: 539).

formal burgués recurriendo tan solo a sus cualidades formales, Habermas se pregunta: “¿son realmente estos aspectos de racionalidad los que podrían prestar fuerza legitimadora a la legalidad basada en una dominación ejercida en la forma de derecho?... pero si con el fin de hacer una crítica inmanente presuponemos ese modelo liberal, resulta que la legitimidad de ese derecho formal burgués, cuando se miran bien las cosas, no deriva en absoluto de las características “racionales” señaladas, sino de las implicaciones morales que pueden derivarse de esas características recurriendo a ulteriores supuestos empíricos auxiliares acerca de la estructura y funcionamiento del orden económico” (Habermas, 2000: 540).

Se refiere al hecho que la seguridad jurídica, entendida como “pronosticabilidad en las intervenciones en la vida, la libertad y la propiedad” es un valor más que compite con otros valores (Habermas, 2000:540). Sin embargo, el rol privilegiado que tiene en el derecho formal burgués no se puede justificar simplemente porque la calculabilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones sea funcional a una economía de mercado. Se trata de una cuestión moral de ponderación entre diversos principios, que debe ser decidida “desde el punto de vista moral de la susceptibilidad de universalización de intereses”<sup>27</sup>.

Según Habermas, demostrado que la legitimidad de la legalidad no puede explicarse recurriendo a una racionalidad autónoma exenta de moralidad, debe entonces derivarse de una relación interna entre el derecho y la moral. Aquí introduce un concepto que considera central para los sistemas jurídicos modernos: el procedimiento jurídicamente institucionalizado<sup>28</sup>. Estos procedimientos enfrentan a la necesidad de conectar la toma de decisiones con los deberes de fundamentación. La construcción y valoración de las buenas razones que genera la argumentación ya no quedan al arbitrio de los participantes<sup>29</sup>.

En los siguientes apartados se explicará por qué, desde esta concepción habermasiana de legitimidad, la utilización que se hace del término “legítimas” para calificar a las medidas sanitarias y fitosanitarias en el contexto del régimen global de seguridad alimentaria, equivale a “legales”. Por lo tanto, la

<sup>27</sup> Weber era incapaz de reconocer este “núcleo moral del derecho formal burgués porque siempre entendió las ideas morales como orientaciones valorativas subjetivas. Los valores eran considerados por Weber como contenidos no susceptibles de ulterior racionalización, incompatibles con el carácter formal del derecho” (Habermas, 2000:542)

<sup>28</sup> En apoyo a la centralidad de los procedimientos, menciona la categoría de normas secundarias puesta de relieve por Hart (1998).

<sup>29</sup> Tiene en cuenta también que los discursos jurídicos “no pueden moverse en un universo cerrado de reglas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios (...). Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica. Y simultáneamente de naturaleza moral (...). Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecen abiertas a los discursos morales” (Habermas, 2000, p. 545). Reconoce en este punto las demostraciones de Dworkin (1993) en relación a la composición de los ordenamientos modernos tanto por reglas como por principios morales.

determinación de las BNA sanitarias y fitosanitarias está también teñida de la ilegitimidad originaria del régimen que las describe. Su delimitación depende del estricto acatamiento de normativa experta, la cual se sostiene por la supuesta objetividad de su base científica.

## **2.- El límite entre medidas fitosanitarias necesarias y medidas fitosanitarias arbitrarias (o barreras no arancelarias -BNA)**

Para comprender el modo en que la determinación de la legitimidad de las medidas fitosanitarias (en adelante, MFS) del régimen de seguridad alimentaria pueden ser consideradas obstáculos al comercio internacional y, de este modo, se transforman en *ilegítimas*<sup>30</sup> y son consideradas BNA, debemos primero introducir someramente en qué consiste y cómo funciona el mencionado régimen de la seguridad alimentaria internacional.

Existen organismos internacionales que cuentan con un mandato de los Estados para regular la temática de seguridad alimentaria. Centralmente, se trata de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, más conocida por las siglas de su denominación en inglés: *Food and Agricultural Organization*), OMS (Organización Mundial de la Salud) y OIE (Organización Mundial de Sanidad Animal, conocida originalmente como la Oficina Internacional de Epizootias, OIE). Sin embargo, el principal impulsor de la generación de regulación internacional de alimentos no es, paradójicamente, la búsqueda de la seguridad alimentaria mundial. La motivación surge de “*los esfuerzos internacionales encaminados a la superación de la divergencia normativa derivada de la existencia de distintas normas alimentarias nacionales... la razón de ser de la mayor parte de estas organizaciones es lograr la armonización de las normas de seguridad alimentaria para que no se puedan utilizar como barreras no arancelarias discriminatorias al comercio*” (Alemanno, 2011: 132). Se comprende entonces por qué, aun sin contar con un mandato expreso en temas de seguridad alimentaria, la OMC es el organismo internacional que más injerencia tiene en la materia.

Los acuerdos del GATT /OMC representan el marco multilateral de gestión de la seguridad alimentaria. Dos de ellos tienen gran incidencia en la comercialización de los productos agroalimentarios: el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (en adelante, AMSF) y el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante, AOTC). Estos acuerdos reconocen los derechos de los países miembros a establecer medidas que consideren necesarias para la protección de la salud y la vida de las personas, de los animales o preservación de los vegetales, y regulan las condiciones bajo las cuales estas medidas serán consideradas *legítimas* en el comercio internacional,

<sup>30</sup> Al menos desde la perspectiva del texto de los Acuerdos de Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC).

así como el modo de resolver los casos en que éstas puedan ser consideradas obstáculos al comercio internacional (Boutrif, 2003; Mavroidis, 2016; Scott, 2009).

El AMSF procura la armonización y equivalencia de las MSFS de los Estados miembros de la OMC. Crea una presunción de *legitimidad* de estas medidas en tanto sigan las normas de los organismos internacionales (art. 3 AMSF) y menciona expresamente tres organismos cuyos estándares se toman como referencia para la determinación de dicha legitimidad: la mencionada OIE en materia de sanidad animal, la Secretaría de la CIPF (Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria) en materia de protección vegetal y el *Codex Alimentarius* de la FAO y la OMS para la inocuidad de los alimentos<sup>31</sup>.

La noción de barreras no arancelarias refiere a distintos tipos de restricciones al comercio internacional, no habiendo un criterio unánime sobre su definición y alcance (Basaldúa, 2013). Los distintos autores proponen listados y clasificaciones que incluyen diversas medidas (Díaz, Negro, & Reissing, 2016; Fuders, 2014). Los “obstáculos” a la libre circulación internacional de mercaderías pueden tener su origen en medidas de carácter público provenientes de la actuación de las autoridades estatales en ejercicio de sus competencias *iure imperii* o bien en actos de carácter privado. Es decir, también puede tratarse de restricciones vinculadas a comportamientos de los agentes económicos privados o de los poderes públicos actuando *iure gestionis* (Diez de Velasco, 2009)<sup>32</sup>.

Una MSFS adoptada por un Estado, será considerada *legítima* cuando no supere los límites impuestos por los Acuerdos de OMC, los cuales remiten a los contenidos de la normativa producida por otros organismos internacionales, cuyo reconocimiento proviene de su composición por expertos (racionalidad formal). Los estándares internacionales juegan así un rol central. Según la inter-

<sup>31</sup> Se mencionan en el Anexo A punto 3 del AMSF.

<sup>32</sup> Los obstáculos pueden originarse tanto en la normativa jurídica procedente de los Estados como en normas del denominado derecho privado alimentario (Martínez Cañellas, 2011; Meulen, 2011). Se trata de medidas que, por la fuerza misma de los intercambios comerciales, pueden llegar a operar como barreras al comercio internacional (Dankers, 2007; Mizulin & Zhu, 2015; UNCTAD & WTO, 2007). En 2015 el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC conformó un grupo de trabajo para convenir una definición de normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias (De: [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/news15\\_s/sps\\_26mar15\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/news15_s/sps_26mar15_s.htm). Acceso: 20/03/2017). Su cumplimiento se convierte en exigencia no sólo para el productor agrícola de exportación sino también para la agricultura familiar que aspira a vender en las grandes cadenas agroindustriales de los mercados nacionales, lo cual es grave si tenemos en cuenta que más de la mitad del comercio minorista de alimentos a nivel mundial se realiza por grandes supermercados e hipermercados (CEPAL, FAO, & IICA, 2015). Estas normas privadas presentan dificultades para ser cuestionadas, ya que si bien tienden a proteger intereses alineados con ciertas regiones o países, al no ser directamente emitidas por las autoridades gubernamentales estatales no pueden ser atacadas en los foros intergubernamentales. Por ello limitamos el análisis de este trabajo a las medidas provenientes del derecho estatal.

pretación restrictiva del órgano de apelación de la OMC, sólo cuando la medida adoptada reproduce exactamente las normas internacionales de referencia, el Estado Miembro que la haya adoptado goza de la inversión de la carga de la prueba y la misma se presume necesaria (Blasetti, 2004a, 2004b).

De este modo, para saber si una determinada MSFS es legítima o será considerada por algún otro Estado potencialmente afectado como una barrera arbitraria, hay que atenerse a la letra de los estándares internacionales establecidos por los expertos de los organismos internacionales.

### **3.- La racionalidad científica y la *legitimidad* de la normativa internacional de seguridad alimentaria**

Desde el marco construido por los Acuerdos de la OMC para regular el comercio internacional de alimentos, se entiende que los estándares de los códigos tomados como referencia, por sí solos, pueden trazar los límites entre lo arbitrario y lo legítimo. En esta línea, los Estados miembros de la OMC pueden adoptar medidas más exigentes que la media estandarizada en dichos *corpus*, solamente cuando tengan una justificación científica basada en una “evaluación objetiva de los riesgos”. Esta evaluación implica altos costos que no todos los Estados están en condiciones de afrontar (Secilio, 2005)<sup>33</sup>.

La determinación de la legalidad- legitimidad de las MSFS recurre así a un discurso de segundo orden: la ciencia moderna institucionalizada. Se asume la objetividad, neutralidad y universalidad como caracteres propios de los conocimientos científicos. Esto permitiría a los estándares internacionales expertos funcionar como medida para evaluar las políticas y el derecho de la seguridad alimentaria de los Estados miembros. Estas áreas incluyen también muchas veces, afectaciones a las políticas de salud pública y ambiental.

Si bien pueden encontrarse varios puntos clave en la conformación del marco regulatorio de OMC con injerencia en seguridad alimentaria<sup>34</sup>, hay acuer-

<sup>33</sup> Según el esquema normativo del Acuerdo MSF, los Estados miembros de OMC sólo pueden ejercer la libertad que se les reconoce para adoptar todas las medidas que consideren necesarias para garantizar la seguridad alimentaria en sus países en los casos que: 1) exista una base científica demostrable; 2) se realice una evaluación de riesgos, en caso de que dichas normas nacionales se desvíen de las normas internacionales de referencia; y 3) las medidas se apliquen únicamente en cuanto sean necesaria para la protección la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (artículo 2 del AMSFS). A menos que los Estados puedan costear una participación activa en la construcción de la regulación de la seguridad alimentaria que tienen lugar en el seno de la *Comisión del Codex Alimentarius*, no estarán en condiciones de dar respuesta a sus propias preocupaciones al momento de establecer sus estándares nacionales (Pereira, 2008).

<sup>34</sup> Alemanno (2011) encuentra ocho disposiciones claves de la “norma de alimentos” de la OMC, el AMSFS: 1. No discriminación (art. 2.3 y 5.5); 2. Prueba de necesidad y proporcionalidad (art. 2.2 y 5.6); 3. Base científica (art. 2.2, 3.3, 5.1 a 5.3); 4. Armonización (art. 3.1 y 3.5); 5. Reco-

do doctrinario acerca de que el punto central es su base científica (Alemanno, 2011; Fortin, 2011; Meulen, Velde, Szajkowska, & Verbruggen, 2008; Recuerda Girela, 2011).

Se considera que las medidas han sido *legítimamente* adoptadas cuando: 1) no son incompatibles con las disposiciones del Acuerdo; 2) son necesarias y proporcionales; 3) tienen una base científica (art. 2.2 AMSF) y 4) no pueden discriminar arbitraria e injustificadamente entre los miembros en condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros (art. 2.3 AMSF).

En relación a cómo se prueba la necesidad y proporcionalidad de una MFS, este requisito ha sido interpretado por los órganos de solución de diferencias de la OMC de los casos Salmón<sup>35</sup> y Japón- Productos Agrícolas<sup>36</sup>. Parece desprenderse de estos casos que el órgano de apelación considera que corresponde a la parte reclamante sugerir medidas alternativas que hubieran podido seguirse y preparar un caso de incumplimiento del artículo 5.6<sup>37</sup>.

Por otro lado, la base científica (art. 2.2 AMSF) es el pilar central del Acuerdo, va más allá de la no discriminación que exigía el GATT, y se constituye en el principio que supuestamente permite distinguir las regulaciones *legítimas* de las *ilegítimas*. La necesidad de una base científica también aparece en el artículo 5.1 del AMSF, en el cual se establece además la metodología específica a utilizar para determinar esa base: la evaluación del riesgo.

El análisis de riesgos es la metodología aceptada mediante la cual los conocimientos científicos contribuyen a la regulación de la seguridad alimentaria<sup>38</sup>. Este instrumento ha recibido numerosas críticas. Se ha apuntado especialmente a la base que lo sustenta, la separación tajante en dos fases en nocimiento mutuo y equivalencia (art. 4.1); 6. Coherencia interna (art. 5.5); 7. Autorización para llevar a cabo medidas de precaución (art. 5.7), y 8. Requisitos de notificación y transparencia (art. 5.7).

<sup>35</sup> Caso Salmon, DS18, puede consultarse la ficha de este y todos los casos que llegaron a los tribunales de la OMC en su página. Ver [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds18\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds18_s.htm)

<sup>36</sup> [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds76\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds76_s.htm)

<sup>37</sup> La única información que los árbitros van a tener en cuenta es la ofrecida por las partes. Esto sucede así pues “*una lectura más profunda de estas normas llevaría de forma inevitable a la OMC a considerar cuestiones complejas sobre la distribución de recursos nacionales y alternativas políticas, inmiscuyéndose de este modo en áreas delicadas de la soberanía de los estados miembros*” (Alemanno, 2011, p. 154).

<sup>38</sup> El Anexo del AMSFS define evaluación de riesgos como la “*evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; o evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos*” (punto 4 del Anexo A, AMSFS).

la toma de decisiones sobre riesgos: una experta y otra política. En el contexto real, no es posible aislar esas dimensiones, siendo que siempre existen factores políticos tanto en la construcción como en la aplicación del conocimiento científico (Booth, 1998; Jasanoff, 1986; Millestone, 2009).

En relación al modo en que se deben articular los factores políticos con la base científica, la misión del experto, cual es producir conocimiento para que el político tome la decisión sobre la gestión del riesgo alimentario (pero sin estar vinculado por ella) no es pura. La determinación del riesgo *“incluye siempre elementos personales y valores sociales cuya elección no se puede delegar en el estamento científico”*, también se debe considerar el peso de *“otros factores”* (éticos, sociales, o medioambientales) que pueden llegar a *“determinar que un alimento o tecnología segura no sea aceptada en un país concreto”* (Recuerda Girela, 2011, p. 92).

Sin embargo, la cualidad formal de la racionalidad de un derecho hecho por expertos no puede explicar, considerada en sí misma, la eficacia legitimadora de la legalidad<sup>39</sup>. El orden jurídico como conjunto tiene que ser convincente a partir de principios, que pueden entrar en colisión con otros, en cuyo caso deben ser sometidos a examen discursivo. En el plano de esas discusiones normativas se percibe que vale más una racionalidad práctica *“que una racionalidad puramente científica, y que en todo caso es una racionalidad que no es moralmente neutral”* (Habermas, 2000, p. 542).

La no neutralidad de los procesos de construcción de la normativa de seguridad alimentaria internacional ha sido analizada en diversas investigaciones sobre el establecimiento de la OMC y la jerarquización del *Codex Alimentarius* como autoridad fundamental para los requerimientos nacionales por la referencia del mecanismo de armonización que fomenta el AMSF.

Al crearse la OMC, se produce un efecto de mutua construcción de autoridad jurídica y epistémica. El AMSF adopta al *Codex Alimentarius* como referencia por su autoridad científica para establecer la base de legitimidad de las MSFS. A su vez, esa mención en un acuerdo intergubernamental del sistema multilateral de comercio, convierte al *Codex Alimentarius* en un organismo jurídico político clave para interpretar los artículos del Acuerdo en caso de conflicto. Esta co-construcción de autoridad legal y epistémica es crucial en la constitución del régimen regulatorio global de la seguridad alimentaria (Marichal, 2014)<sup>40</sup>. Cabe

---

<sup>39</sup> A pesar de *“toda la autoridad que las ciencias puedan reclamar en las sociedades modernas, las normas jurídicas no cobran legitimidad por el solo hecho de que precisen sus significados, se expliquen los conceptos que subyacen a ellas, se examine su consistencia y se reduzcan a unidad las ideas a que deben su existencia”* (Habermas, 2000, p. 524)

<sup>40</sup> Es un régimen híbrido, circulante entre conocimiento y poder (o conocimiento y política): *“la racionalización de la regulación de la seguridad alimentaria que el AMSFS logra, es un desafío al principio de soberanía estatal en la esfera de la regulación social. Donde la legitimidad política podría ser insuficiente, la legitimidad basada en la racionalidad tecnocrática y la*

recordar que el mencionado Acuerdo se negoció durante el enfrentamiento de los Estados Unidos con la Unión Europea acerca de la utilización de hormonas de crecimiento en ganado para producir carne y leche de consumo humano<sup>41</sup>. Ese contexto de conflicto explica la elección del “universalismo científico” y el análisis del riesgo como instrumento de racionalización de las decisiones. Se establecieron como punto de acuerdo entre ambas partes durante la negociación del Acuerdo.

Mediante la creación de la OMC, la base científica se convierte en el principal criterio para determinar la *legitimidad* de los esfuerzos normativos nacionales encaminados a asegurar la integridad ambiental, la seguridad alimentaria y salvaguardar la salud pública. El discurso científico se convierte en recurso ideológico primario para alcanzar la armonización de los estándares de control de los alimentos.

#### **4.- La *legitimidad* en aplicación de las MSFS. Los tribunales arbitrales de la OMC**

La fuente de legitimación no debe buscarse unilateralmente en un solo lugar, el de la producción legislativa o bien el de la administración de justicia. En los procedimientos jurídicos el núcleo racional en el sentido práctico- moral de “racional” (imparcialidad), se establece por una conexión constructiva entre derecho vigente, procedimientos legislativos y procedimiento de aplicación del derecho (Habermas, 2000, p. 555).

Si observamos los procedimientos de aplicación de los Acuerdos del régimen internacional de seguridad alimentaria, vemos que el artículo 11 del AMSFS prevé un mecanismo de consultas y solución de diferencias. Establece que serán aplicables las disposiciones del GATT (artículos XXII y XXIII) “*desarrolladas y aplicadas en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*” a la celebración de consultas y la solución de diferencias (art. 11.1 AMSFS). Cuando se plantean cuestiones científicas en una diferencia, el Grupo Especial debe pedir asesoramiento a expertos, pudiendo establecer un grupo de expertos técnicos o consultar a las organizaciones internacionales competentes de referencia mencionadas en el Acuerdo (art. 11.2).

El sistema para resolver cualquier desacuerdo sobre normas y procedimientos de los Acuerdos de la OMC se denomina Entendimiento sobre Solución de Diferencias (EDS). Este sistema se deriva de las normas y procedimientos que regían en el marco del GATT de 1947. En la práctica, quienes

---

*universalidad de la ciencia es implícitamente ofrecida en su lugar*” (Winickoff & Bushey, 2010, p. 360).

<sup>41</sup> Se trata de los casos DS26 (medidas sobre la carne y productos cárnicos establecidas por las Comunidades Europeas, que fuera reclamado por Estados Unidos) y DS 48 (las mismas medidas pero el reclamante fue Canadá) que se resolvieron conjuntamente.

integran Órgano de Apelación suelen ser oficiales nacionales responsables por las cuestiones comerciales internacionales que trabajan en los *headquarters* en Ginebra, siempre que no sean representantes de los países involucrados en la disputa (Wirth, 1994).

Los tribunales arbitrales de OMC son organismos puramente técnicos que aplican mecánicamente la letra de los Acuerdos, esquivando la problematización de los principios que pueden estar en juego. Sin embargo, en la esfera internacional, existen otros tratados de ONU que contemplan derechos humanos básicos, entre ellos el derecho a la alimentación<sup>42</sup>. Este puede verse afectado por las consecuencias de las restricciones operadas en nombre del combate a las BNA (medidas consideradas ilegítimas según los parámetros estandarizados de la legalidad formal del sistema de OMC) y la estricta aplicación de los Acuerdos por los órganos arbitrales de OMC. Estos organismos desconocen cualquier otra regulación internacional que no sea la directamente en juego en la controversia (los artículos del Acuerdo de OMC cuya interpretación se disputa en el caso).

## 5.- A modo de conclusión

Partimos de entender que *“la legalidad solo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales”* (Habermas, 2000:556).

Desde esa comprensión, la legitimidad del régimen de la seguridad alimentaria internacional que determina los límites entre las MSFS y las denominadas BNA, no puede provenir de una legalidad basada en la racionalidad formal del derecho creado por expertos, tal como está estructurado.

En segundo lugar, y aun aceptando el ordenamiento creado por expertos, es fundamental que la legitimidad provenga tanto de la producción normativa (en este caso, los Acuerdos de OMC y el *Codex Alimentarius* al que centralmente se remite) como de los órganos de aplicación. En ambos espacios deben existir procedimientos que garanticen la racionalidad en sentido práctico- moral. Estos procedimientos conducirían a la necesidad de argumentación de las medidas. Esto es fundamental teniendo en cuenta que el ordenamiento global que se pone en movimiento a través de ellos (régimen de la seguridad alimentaria) está compuesto de principios que pueden entrar en colisión (principio de precaución,

---

<sup>42</sup> El derecho a la alimentación, propiamente, está contemplado en Tratados Internacionales (art. 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 24 y 27 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño) con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Const. Nac.). En varios estados, encuentra recepción tanto a nivel legislativo como jurisprudencial (Erazo, Vivero, & Pautassi, 2009; Filardi, 2012).

principio de no discriminación, principio de igualdad) afectando derechos humanos básicos como la salud, el medio ambiente, y la alimentación.

Para determinar la legitimidad del régimen alimentario global ambos espacios jurídicos deben estar sujetos a *procedimientos* que les impongan a sus operadores el deber de argumentar sus decisiones, entrando por esa vía la justificación moral de cómo y por qué hacer prevalecer un principio sobre otro para alcanzar, en caso de colisión, justicia material en la aplicación del régimen.

Si debemos buscar las cualidades formales del derecho “*en la dimensión de los procedimientos jurídicamente institucionalizados; y si estos procedimientos regulan discursos jurídicos que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral*”, entonces hay que considerar “*que es posible la legitimidad a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales en el sentido de una racionalidad procedimental práctico- moral y se pongan en práctica de forma racional. La legitimidad de la legalidad se debe a un entrelazamiento de procedimientos jurídicos con una argumentación moral que a su vez obedece a su propia racionalidad procedimental*” (Habermas, 2000:545).

La demarcación de las MSFS para determinar cuándo son consideradas obstáculos al comercio (BNA, desde la perspectiva de los países exportadores) carece de los mínimos de contenidos morales procedimentalizados que los haga aceptable por parte de éstos. El régimen de comercio internacional de alimentos tal como está construido y es aplicado, puede entonces ser considerado ilegítimo.

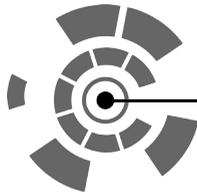
## **Bibliografía**

- ALEMANNI, A. (2011). Derecho Alimentario Internacional. En M. Á. Recuerda Girela, *Tratado de Derecho Alimentario* (pp. 131–208). Pamplona: Aranzadi.
- BASALDÚA, R. X. (2013). *La organización mundial del comercio y la regulación del comercio internacional*. Abeledo Perrot.
- BLASETTI, R. (2004a). La equivalencia de las medidas sanitarias: un reclamo del mundo en desarrollo. *Temas de Derecho Industrial y de la competencia*, 6, 13–52.
- BLASETTI, R. (2004b). Los obstáculos técnicos al comercio de productos agroalimentarios: la negociación UE-MERCOSUR. *Aportes para la Integración Latinoamericana*, 10(10), 1–19.
- BOOTH, S. (1998). Conflicting Approaches to Risk Management: Recent Trends in the BSE Crisis. *Journal of Contingencies and Crisis Management.*, 6(4), 214–223.

- BOUTRIF, E. (2003). The new role of Codex Alimentarius in the context of WTO/SPS agreement. *Food Control*, 14, 81–88.
- CEPAL, FAO, & IICA. (2015). *Perspectivas de la agricultura y del desarrollo rural en las Américas: una mirada hacia América Latina y el Caribe 2015-2016*. San José de Costa Rica.
- DANKERS, C. (2007). *Private Standards in the United States and European Union Markets for Fruit and Vegetables: Implications for Developing Countries*. FAO.
- DÍAZ, A., NEGRO, S. C., & REISSING, F. (2016). Las medidas no arancelarias en la letra y la jurisdicción de la Unión Europea y del MERCOSUR. *Densidades*, 19, 33–46.
- DIEZ DE VELASCO, M. (2009). *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.
- DWORKIN, R. (1993). *Los derechos en serio*. Buenos Aires: Planeta-Agostini.
- ERAZO, X., VIVERO, J. L., & PAUTASSI, L. (2009). *Derecho a La Alimentación, Políticas Públicas E Instituciones Contra El Hambre*. LOM Ediciones.
- FILARDI, M. (2012). El Derecho Humano a la Alimentación adecuada. En S. Rey (Ed.), *Problemas Actuales de Derechos Humanos*. Buenos Aires: EUDEBA. Recuperado a partir de [derechoalaalimentacion.org/.../Filardi-Marcos-El-derecho-humano-a-la-alimentacion](http://derechoalaalimentacion.org/.../Filardi-Marcos-El-derecho-humano-a-la-alimentacion)
- FORTIN, N. D. (2011). *Food Regulation: Law, Science, Policy, and Practice*. John Wiley & Sons.
- FUDERS, F. (2014). Las herramientas de la política comercial: barreras arancelarias y paraarancelarias. En J. Fernández Alonso (Ed.), *Economía Internacional. Claves teórico-prácticas sobre la inserción de Latinoamérica en el mundo* (pp. 63–70). REd Alfa- Unión Europea.
- HABERMAS, J. (2000). *Facticidad y Validez (2º)*. Madrid: Trotta.
- HART, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.
- JASANOFF, S. (1986). *Risk Management and Political Culture: A Comparative Study of Science in the Policy Context*. Russell Sage Foundation.
- MARICHAL, M. E. (2014). La OMC y el proceso de globalización de la regulación alimentaria. *Revista de Direito Internacional*, 12(2), 307–321.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2011). Derecho Alimentario Privado. En M. Á. Recuerda Girela (Ed.), *Tratado de Derecho Alimentario* (pp. 377–480). Aranzadi.
- MAVROIDIS, P. C. (2016). *The Regulation of International Trade: The WTO Agreements on Trade in Goods*. MIT Press.

- MEULEN, B. M. J. van der. (2011). *Private Food Law: Governing Food Chains Through Contracts Law, Self-regulation, Private Standards, Audits and Certification Schemes*. Wageningen Academic Pub.
- MEULEN, B. M. J. van der, VELDE, M. van der, SZAJKOWSKA, A., & VERBRUGGEN, R. (2008). *European food law handbook*. Wageningen Academic Publishers.
- MILLESTONE, E. (2009). Science, risk and governance: Radical rhetorics and the realities of reform in food safety governance. *Research Policy*, 38(4), 624–636.
- MIZULIN, N., & ZHU, H. (2015). Non-tariff Barriers and Private Conduct: The Case of Labelling. En C. HERRMANN (Ed.), *European Yearbook of International Economic Law* (Vol. 6, pp. 137–160). Springer.
- PEREIRA, R. A. (2008). Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission. *German Law Journal*, 9(11), 1693–1718.
- RECUERDA GIRELA, M. Á. (2011). *Tratado de Derecho Alimentario*. Aranzadi.
- SCOTT, J. (2009). *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: A Commentary*. Oxford University Press.
- SECILIO, G. (2005). *La Calidad de los alimentos como barrera para-arancelaria* (Estudios y Perspectivas No. 30). Oficina de la CEPAL en Buenos Aires.
- UNCTAD, & WTO. (2007). *The Rise and Implications of Voluntary Private Standards for Access of Developing Countries to Key Export Markets* (Joint UNCTAD/WTO Informal Information Session on Private Standards). Ginebra. Recuperado a partir de [http://unctad.org/Sections/wcmu/docs/ditc\\_tedb\\_ted0010\\_en.pdf](http://unctad.org/Sections/wcmu/docs/ditc_tedb_ted0010_en.pdf)
- WINICKOFF, D. E., & BUSHEY, D. M. (2010). Science and Power in Global Food Regulation: The Rise of the Codex Alimentarius. *Science, Technology, & Human Values*, 35(3), 356–381.
- WIRTH, D. (1994). The role of science in the Uruguay Round and NAFTA Trade Disciplines. *Cornell International Law Journal*, 27, 817–859.

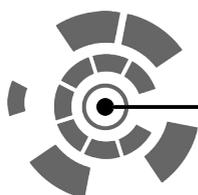




## **derecho Privado Patrimonial**



# La acción de secuestro a la luz del microsistema del Derecho del Consumidor



Mariana Cogliatti

(UNICEN)

## Resumen:

El artículo 39 de la Ley de Prenda con registro prevé la posibilidad de iniciar la acción de secuestro en beneficio de ciertos acreedores (Estado, entidades financieras, bancos, entre otros), estimando que no abusarán de tal facultad, a los efectos de que puedan hacerse rápidamente del bien objeto de la garantía, subastarlo, y así cobrar su acreencia. Este procedimiento, signado por el ágil tráfico mercantil actual, pretende ser rápido y económico, por lo que no se le da oportunidad de intervenir al deudor, quien solo puede plantear sus defensas en juicio ordinario posterior. Si bien la acción de secuestro resulta funcional a los acreedores, consideramos que en el marco de un contrato de consumo se torna inaplicable, ya que en dichos contratos el enfoque debe estar en la protección del consumidor, parte débil de la relación jurídica. Una solución contraria conlleva al agravamiento de la desigualdad ya existente entre las partes, tornando ilusoria la protección brindada por el microsistema del Derecho del Consumidor.

## 1.- Introducción

En el presente trabajo analizaremos la viabilidad de la acción de secuestro, que facilita el cobro expedito de los créditos de ciertas entidades, con respecto a personas que ostentan, al mismo tiempo, la calidad de deudores y consumidores. A tal fin, efectuaremos un análisis normativo y luego referiremos a dos

sentencias judiciales recientes en las cuales se ha tratado dicha temática.

## **2.- Análisis normativo**

El art. 39 de la ley 12.962, con gran tersura, dispone que *“Cuando el acreedor sea el Estado, sus reparticiones autárquicas, un banco, una entidad financiera autorizada por el Banco Central de la República Argentina o una institución bancaria o financiera de carácter internacional, sin que tales instituciones deban obtener autorización previa alguna ni establecer domicilio en el país, ante la presentación del certificado prendario, el juez ordenará el secuestro de los bienes y su entrega al acreedor, sin que el deudor pueda promover recurso alguno. El acreedor procederá a la venta de los objetos prendados, en la forma prevista por el artículo 585 del Código de Comercio, sin perjuicio de que el deudor pueda ejercitar, en juicio ordinario, los derechos que tenga que reclamar el acreedor. El trámite de la venta extrajudicial preceptuado en este artículo no se suspenderá por embargo de bienes ni por concurso, incapacidad o muerte del deudor.”*

Tan pronto nos abocamos al análisis de dicha norma en el contexto en que pretende ser aplicada, consideramos valioso destacar el voto del Dr. Lázzari en la causa “Torres, Gregorio y otros c/ Sancor Cooperativas Unidas Limitada s/ Daños y perjuicios”, fallada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires el 15/07/2015, en el cual sostuvo que *“i) El hecho de que una normativa resulte clara (esto es, que no arroje dudas sobre su interpretación) no es garantía de que su aplicación a un determinado caso resulte prudente, equitativa o justa. Solo un excesivo apego a la letra de la ley (con desvío de la intención del legislador, de la finalidad para la que fue dictada o de la sistemática en la que debe ser incluida) permitiría confundir claridad con aplicación mecánica, inmediata o indiscriminada: la redacción de un precepto puede no arrojar duda sobre su sentido, pero ello no implica que -por ejemplo- lo prescripto no resulte contrario a normas supremas del ordenamiento o provoque tantos conflictos con otras normas que su aplicación genere muchos más problemas que los que pretende solucionar”*. Tomando en consideración este criterio, no obstante la evidente claridad de la disposición precitada, y al analizar en abstracto el supuesto de que la prenda accede a un contrato de consumo, vislumbramos la necesidad de compatibilizar esta norma con el microsistema de derechos del consumidor. A su vez, debe tenerse en miras que en estos casos participan normas de diferente jerarquía: por un lado, la Ley 12.962 de Prenda con Registro, y por el otro, la Ley 24.240 Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, el Código Civil y Comercial y la propia Constitución Nacional. Es en este sentido que consideramos que la ley 12.962 debe ceder ante el orden público emanado del segundo grupo de normas que han sido dictadas en protección del consumidor, y al cual el procedimiento previsto en el art. 39 no da participación ni posibili-

dad de defensa. Lo antedicho, a su vez, se encuentra en sintonía con el art. 1094 del Código Civil y Comercial, ya que en definitiva la postura adoptada es “pro consumidor”.

Otra solución posible radica en considerar que “(...) el art. 39 de la LPR establece una cláusula abusiva, pues importa una renuncia o restricción de los derechos del consumidor (derecho al debido proceso (art. 18, CN) y amplía los derechos del acreedor siempre que éste sea una de las entidades habilitadas por dicho artículo. Esta situación posibilita al deudor consumidor ocurrir a la justicia a los efectos de la declaración de nulidad de la misma por abusiva y, en consecuencia, solicitar al Juez que —en caso de incumplimiento del pago del crédito—, se ejecute la prenda por ejecución prendaria común. De esta forma y sin recurrir a la acción privada prendaria y declaraciones de inaplicabilidad del art. 39 de la LPR u otras situaciones litigiosas, llegaríamos a la bilateralización del proceso.” (Castillo Lo Bello, 2017).

Si bien el deudor tiene la posibilidad de plantear sus defensas en juicio ordinario posterior, coincidimos con la afirmación de que “(...) un procedimiento judicial que no protege los intereses económicos del consumidor, impidiéndole ejercer en plenitud sus derechos hasta después de cumplir la condena impuesta en dicho proceso, no es un procedimiento eficaz para la prevención y solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo y afecta también su derecho a un trato digno y equitativo, porque acrecienta su desigualdad estructural” (Rossi, 2017).

### **3.- Análisis en concreto: casos “Fiat” y “HSBC”**

En este apartado analizaremos dos casos en los cuales, tras haber sido iniciada la acción de secuestro por el acreedor, los deudores -quienes resultaron ser consumidores- intentaron intervenir en el procedimiento, a pesar de lo dispuesto en el art. 39 de la Ley de prenda con registro. Adelantamos que en ambos casos las respectivas Cámaras de Apelaciones fallaron a favor de la parte más débil de la relación, lo que da cuenta del triunfo del microsistema de protección de los derechos de los consumidores y usuarios por sobre el art. 39 de la ley 12.962, pensada en beneficio del tráfico mercantil.

#### **3.1.- Caso “Fiat Crédito Cia Financiera S.A. c/ De Natale, César Leandro s/ acción de secuestro (art. 39 LEY 12962)”<sup>43</sup>**

Tal como surge de la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, la acción de secuestro fue iniciada por Fiat Crédito Cia. S.A. con el objeto de hacerse del rodado prendado que le había sido proveído

<sup>43</sup> Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, “Fiat Crédito Cia Financiera S.A. c/ De Natale, César Leandro s/ acción de secuestro (art. 39 LEY 12962)”, 02/02/2017.

por éste al deudor prendario en el marco de una relación de consumo. El juez de primera instancia –basándose en la no previsión de la intervención del deudor en el procedimiento dispuesto por el artículo que venimos analizando- desestimó los planteos de nulidad e inhabilidad de título opuestas por el deudor, quien apeló argumentando que la accionante no indicó la existencia de deuda alguna que justificara el secuestro del vehículo prendado. La Cámara hizo lugar al recurso, decretando la inaplicabilidad del art. 36 de la Ley 12.962 a las relaciones de consumo. Para así resolver, el Juez Castro Durán, a cuyo voto adhirió el Sr. Juez Volta, ha dicho que por el artículo mencionado “(...) *el proveedor queda facultado para secuestrar y subastar extrajudicialmente el bien prendado, sin que el consumidor o usuario tenga la menor oportunidad de ser oído, con anterioridad a la concreción de tan drástica medida. Tal posibilidad conferida al proveedor, resulta lesiva del trato digno y equitativo al consumidor o usuario en la relación de consumo, previsto en los artículos 8 bis de la ley 24240 y 42 de la Constitución Nacional.*”, y que “(...) *dicha norma, aplicada en una relación de consumo, colocaría al consumidor o usuario en una situación de tamaño desigualdad, que tornaría ilusoria la tutela brindada por la ley 24240.*”. Por su parte, el Juez Volta agregó que “(...) *es dable señalar que de confirmarse la resolución adoptada por el sentenciante de grado se estaría convalidando un mecanismo a través del cual, se elude el régimen de tutela al consumidor constitucionalmente establecido (art. 42 de la C.N.), a través de la aplicación aislada de una normativa que regula un derecho accesorio, y por tanto subordinado al principal*”

Consideramos que en un procedimiento en el que no se permite la intervención del deudor prendario, lo mínimo que debe acreditar el accionante es el incumplimiento, ya que es en definitiva tal circunstancia la que lo habilita a incoar la acción de secuestro para hacerse del bien, subastarlo y cobrarse de su producido. A tal efecto, consideramos necesaria la intervención del deudor, quien debe poder oponer sus defensas y, en su caso, probar su cumplimiento. Si bien se ha entendido que el acreedor prendario “*en cuyo favor se ha inscripto la prenda con registro no tiene que probar absolutamente nada para ejercer el derecho que le confiere el art. 39, salvo la existencia del certificado prendario. Se critica el precepto por entender que atenta contra el elemental principio básico de nuestro ordenamiento jurídico de que nadie puede hacerse justicia por mano propia y que todo diferendo debe ser sometido y resolverse por los jueces naturales. Se violaría así por la norma indicada los art. 16 y 18 de la Const. Nacional como todos los principios básicos de nuestro ordenamiento procesal como el dispositivo, el de contradicción, el de escritura y de publicidad.*” (Farina, 1987). A nuestro juicio, resulta sumamente disvalioso y contrario al orden público proceder al secuestro del bien prendado en las condiciones narradas cuando el deudor prendario es un consumidor.

### 3.2.- Caso “HSBC Bank Argentina S.A. c/ Corrado José Ricardo s/ acción de secuestro (Art. 39 LEY 12962)”<sup>44</sup>

En esta ocasión, HSBC Bank Argentina S.A. inició una acción de secuestro contra su deudor prendario quien, tras haber comparecido espontáneamente al proceso, solicitó la apertura de una cuenta bancaria, depositó una suma de dinero y ofreció saldar el monto adeudado y las costas del proceso. A su vez, a estos fines solicitó se fije una audiencia conciliatoria, a la cual solo concurren él y su letrado. El accionante apeló argumentando que en estos procedimientos no se encontraba prevista la intervención del deudor.

Teniendo en cuenta las particularidades del caso, la Cámara concluyó que “(...) resulta abusivo el proceder del Banco acreedor, ya que el procedimiento que la ley instaura en su beneficio tiene por finalidad (‘los fines del ordenamiento jurídico’ conforme terminología de la norma citada) la pronta recepción de su crédito, es decir, un resultado análogo al que el deudor pretende alcanzar en estos actuados”

Atentos a que el artículo en cuestión fue consagrado “En beneficio de ciertos acreedores que se presumen de seriedad y solvencia cierta, respecto de los cuales se supone que no abusarán del privilegio, y a fin de facilitarles la recuperación del crédito para el mantenimiento de su función considerada de interés público (...)” y que “El secuestro así solicitado no tiene carácter pre-cautorio (conf. 221, Cód. Proc. Civ. y Com. De la Nación), sino esencialmente ejecutivo, puesto que por medio de él se pretende impedir la degradación u ocultamiento del bien con el propósito de facilitar la efectivización del crédito a través de una realización sin demoras y mínimos gastos.” (Muguillo, 2001: 242 y 244), y considerando la conducta del deudor, que depositó un monto de dinero a cuenta de la liquidación, resulta a todas luces abusivo que el acreedor intente hacer valer a toda costa su privilegio en lugar de solicitar se liquide su crédito a fin de poder cobrarse del dinero depositado sin causarle perjuicios innecesarios al deudor, más aún teniendo en cuenta que esta actitud genera mayores demoras y gastos.

Si bien la Cámara resolvió considerando abusivo el actuar del banco, resaltamos que tuvo en cuenta el caso “Fiat” en el desarrollo de sus argumentos.

Por otro lado, es dable destacar la observación del fiscal general Dr. Sobrino, en oportunidad de contestar la vista que le fue conferida. En dicha instancia, consideró que el procedimiento de la acción de secuestro no puede ser aplicado sin reparos cuando el deudor es un consumidor, aseverando la inconstitucionalidad del art. 39 la Ley de prenda con registro en esos casos. A su vez, advirtió que si la acción de secuestro sigue el curso que le imprime dicho artículo, no se presenta en ningún momento la oportunidad de, por ejemplo, analizar

<sup>44</sup> Cámara Civil y Comercial de Azul Sala I, “HSBC Bank Argentina S.A. c/ Corrado José Ricardo s/ acción de secuestro (Art. 39 LEY 12962)”, 15/02/2018.

si el acreedor ha cumplido con el deber de información previsto en el art. 36 de la Ley 24.240. Esta es otra cuestión a tener en consideración, que hace a la tutela del consumidor, y que podría verse vulnerada con la imposibilidad de intervención establecida en el art. 39.

#### **4.- Conclusión**

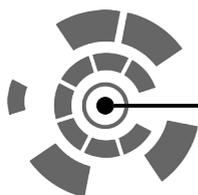
En ambos casos podemos observar situaciones de abuso de parte de los acreedores habilitados para incoar la acción de secuestro, lo cual resulta inaceptable por dos motivos: por un lado, tal conducta contraría la situación que el legislador tuvo en cuenta al momento de otorgar tal facultad, esto es, la presunción de que dichos acreedores no abusarían de la acción; y por otro, contraría las normas de orden público que protegen a los consumidores, ya que la acción de secuestro fue pensada para beneficiar a los acreedores prendarios, negando al deudor – en principio- toda defensa, lo cual en definitiva resulta un agravamiento de la situación del deudor/consumidor.

Tal situación nos lleva a reafirmar que el procedimiento instaurado por el art. 39 de la Ley 12.962 de prenda con registro, en cuanto no permite la intervención del deudor prendario, resulta inaplicable cuando la prenda accede a una relación de consumo. A su vez, como quedara planteado, consideramos que esta imposibilidad de intervención del deudor de ningún modo puede considerarse subsanada con la posibilidad de iniciar un juicio ordinario posterior. Una interpretación diferente a la planteada llevaría a concluir que el legislador, por un lado, protege a quienes considera débiles jurídicos y por el otro, deja sin efecto tal protección beneficiando a ciertos acreedores, todo en el marco de un procedimiento en el que a quien resulta más vulnerable (y recordemos, a quien el propio legislador entiende que debe proteger), no le es permitido siquiera intervenir.

#### **Bibliografía**

- CASTILLO LO BELLO, Estela A. (2017), “Herramientas del ordenamiento jurídico para evitar las prácticas abusivas en los contratos de prenda con registro o prenda común. Sobre la aplicabilidad del secuestro prendario en el caso de contratos de consumo”, SJA 06/12/2017, 06/12/2017, 63.
- FARINA, Juan M. (1987), “Ejecución de prenda con registro por las entidades financieras”, ED 121-842.
- MUGUILLO, Roberto A. (2001), “Prenda con registro, Decreto ley 15.348/46 y su reglamentación, texto ordenado según decreto 897/95, comentado anotado y concordado”, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- ROSSI, Jorge O. (2017), “El proveedor/acreedor, el consumidor/deudor y el choque de principios constitucionales”, MJ, 2017.

## El nuevo régimen de la Ley 19.550 Ley General de Sociedades: el antes y después de algunos institutos



Rosana Gallo  
(UBA)

### Resumen:

En la presente ponencia expondré las nuevas disposiciones legales en la actual Ley N° 19.550 Ley General de Sociedades, haciendo una breve comparación con la derogada Ley de Sociedades Comerciales merced a la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial de la nación –Ley 26.994-. Comenzaré analizando el por qué del cambio de la denominación en la ley, al pasar de Ley de Sociedades Comerciales a Ley General de Sociedades, no obstante conservar su número; a continuación me abocaré a los artículos que fueron objeto de la reforma, a saber. El art. 1 y la posibilidad de constituir una sociedad anónima unipersonal; cómo la reforma impactó en los plazos para la inscripción de las sociedades regulares. La tipología vigente. El cambio en el régimen de las nulidades societarias relacionadas con el art. 17 y las sociedades que no se constituyen acorde a la tipología exigida en nuestra legislación. La gran innovación que se produjo en la sección IV de la citada ley en cuanto a las sociedades del art. 21 y siguientes, es decir, las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos: contratos contemplados, la nueva responsabilidad de los socios y la posibilidad de inscribir los bienes registrables a nombre de la sociedad, representación y administración, la viabilidad de hacer valer las cláusulas contractuales a los terceros y entre los socios, cuestiones que en el régimen derogado eran inviables, conforme lo disponía la anterior legislación, doctrina y jurisprudencia aplicables al caso. Las sociedades constituidas entre cónyuges-art. 27-. La reducción a uno del número de socios –art. 94 bis- en relación a la temática de la disolución societaria. La incorporación del inciso 7° al art. 299. El fundamento de la derogación del sistema societario en la presente

ley con respecto a la sociedad accidental o en participación y de los contratos de colaboración empresaria.

## **1.- La Ley 19.550: de la Ley de Sociedades Comerciales a la Ley General de Sociedades**

La Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (en adelante, LSC) que rigió el sistema jurídico de la Nación Argentina fue sancionada y promulgada el 3 de abril de 1972, publicada en el Boletín Oficial el 25 de abril de 1972, reformada por diversas leyes que procedieron a adaptar sus distintos institutos a las necesidades imperantes a través de los años hasta el 2015 en que fue derogada por la actual Ley General de Sociedades, si bien conservó su número original.

Su reforma fue producto de la unificación de los códigos civil y comercial, mediante la sanción de la Ley N° 26.994, que dio a la luz el actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.<sup>45</sup>

En el anterior ordenamiento jurídico podíamos diferenciar entre sociedades civiles de las comerciales. Las primeras las encontrábamos en el Código Civil de la Nación Argentina, art. 1648 y siguientes, en la sección de contratos, y las comerciales en la ley 19.550, incorporada al Código de Comercio de la Nación como Ley de Sociedades Comerciales. Ambas perseguían fin de lucro directo, requerían dos o más personas para su constitución y eran dotadas de personería jurídica, conf. Art 33 inc. 2° del Código Civil. A partir de la sanción de la Ley 19.550 las sociedades son comerciales por su forma, es decir, por la adopción de un tipo previsto en la normativa citada. Antes eran civiles o comerciales teniendo en cuenta el objeto perseguido: si la totalidad del objeto o la mayor parte de éste era civil, sería considerada sociedad civil; en cambio, si el objeto era mercantil, la sociedad sería comercial.

Las derogadas sociedades civiles estaban en el Código Civil en el Libro II *De los derechos personales en las relaciones civiles*, Sección III *De las obligaciones que nacen de los contratos*, Título VII *De la sociedad*. Según el art. 1648: *"Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hubieren de lo que cada uno hubiere aportado."* Para Borda (1985) los elementos de este contrato eran 1) la reunión o agrupación de dos o más personas; 2) era preciso que ellas se reunieran para lograr un fin común; 3) que ese fin consistiera en una utilidad apreciable en dinero; 4) que todos los socios participasen de las ganancias y también en las pérdidas, conforme al art. 1652 del CCiv. No era requisito de la sociedad civil la *affectio societatis* ya que lo que unía a los socios era el fin co-

<sup>45</sup> Sancionado el 1 de octubre de 2014, promulgado el 7 de octubre de 2014 y publicado en el B.O. el 8 de octubre de 2014, conf. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ediciones del país. P. 141. Entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

mún. Los caracteres de la sociedad civil eran: contrato bilateral (o multilateral) y conmutativo, oneroso, consensual, de gestión colectiva, de tracto sucesivo, siempre *intuitae personae*.

La Ley de Sociedades Comerciales definía a la sociedad en el art.1. Concepto. Tipicidad: *"Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambios de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas."*

En cuanto a los caracteres de este contrato societario la doctrina sostenía, en la teoría, que podía ser unilateral, bilateral y plurilateral. Sabemos que el primero era inviable en nuestro sistema. Además, era un contrato de organización, asociativo, consensual, formal, de duración, conmutativo y normativo (Richard & Muiño, 1998: 82).

Un elemento destacado incorporado por la LSC era la tipicidad, esto es, elegir un tipo societario de la tipología enumerada en la misma. Esta tipología era un número cerrado, *numerus clausus*. No se podía poner en un contrato societario un tipo no previsto, de lo contrario esta sociedad era atípica, nula, de nulidad absoluta e inconfirmable- art. 17 LSC-; esto no quería significar que no valiera como otro sujeto de derecho. La tipicidad es la disciplina legislativa particular, impuesta a las sociedades que permite diferenciarlas una de otra mediante ciertos requisitos esenciales que le son propios. Para ello, hay que distinguir la tipicidad de primer grado que es la elección del tipo ofrecido por la ley, que corresponde a la figura jurídica de la sociedad, y difiere de otros entes jurídicos, de la tipicidad de segundo grado, que hace a las notas características de cada forma de sociedad (Richard & Muiño, 1998: 49). Podemos afirmar, en otros términos, que la tipicidad de segundo grado consiste en adecuar el contrato/estatuto de la sociedad al tipo de primer grado elegido.

Murguillo sostenía que "las sociedades comerciales se constituyen por vía de un contrato, medio técnico instrumental del que nace una persona jurídica (sujeto de derecho conforme al art. 2 LSC); contrato cuyas formalidades son de suma importancia a los fines de la estabilidad del negocio jurídico que se instrumenta" (Murguillo, 2002: 17).

Con la unificación de los códigos, se derogó el contrato de sociedad civil, por ende las únicas que nos quedan son las comerciales. Así es que llegamos a esta nueva denominación "Ley General de Sociedades" en donde no se hace referencia a la palabra "comercial", ya que no hay que diferenciarlas de las civiles. Asimismo la nueva legislación derogó los actos de comercio enumerados en el art. 8 del Código de Comercio, por ende carecemos de una nómina y de una postura concreta con referencia a ellos- ni objetiva ni subjetiva, solo neutral- acorde a todos los códigos unificados.

## 2.- Institutos reformados por la actual Ley General de Sociedades

La gran novedad con la que impacta el actual ordenamiento societario es la posibilidad de la constitución de una sociedad unipersonal, antes totalmente inviable por la legislación. Es así que ahora para constituir una sociedad podemos tener una, dos o más personas. Pero para ello debemos atenernos a la restricción de la ley: no podríamos utilizar cualquier tipología sino sólo la anónima. No se trata de la creación de un nuevo tipo, sino que éste es el idóneo para ser utilizado en la constitución de una sociedad unipersonal y los requisitos para ser accionista, son los mismos que para una de dos o más personas.

Tal como lo expone Gebhardt & Romero con referencia a este tema:

Desde años que se venía propugnando la reforma legislativa que le diera recepción a la sociedad unipersonal o a algún otro sistema encaminado a la obtención de un límite a la responsabilidad de un sujeto empresario que busca expandir su actividad pero que pretende hacerlo sobre la base de una responsabilidad limitada (2016:39).

Por ende, vemos que el empresario puede afectar sólo una parte proporcional de su patrimonio, sin poner en riesgo el resto, apartándose de los dispuesto por el art. 242 del CCCN que “el patrimonio es la prenda común de los acreedores”.

Esta sociedad anónima unipersonal se la identifica con la sigla SAU. No obstante tendrá una constante fiscalización al integrar la nómina del art. 299 LGS.

Para constituir una sociedad en nuestra actual LGS debemos atenernos al Art. 1: Concepto. *Habrà sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.*

Al igual que la anterior ley, los socios deben adoptar un tipo previsto, realizar un aporte, soportar las pérdidas y participar en las ganancias.

Los elementos que surgen del concepto de sociedad y que hacen al acto constitutivo societario son:

La pluralidad de socios, - dejada de lado en la actualidad, merced a la posibilidad de crear una sociedad anónima unipersonal-; la organización y tipicidad; la obligación de dar aportes comunes; la distribución de las ganancias y pérdidas y la “*affectio societatis*” –que no se aplica a la sociedad anónima unipersonal ni a los accionistas, reservada sólo a los socios del resto de las tipologías- (Gebhardt & Romero, 2016: 1-3).

“La sociedad constituye la forma jurídica y la estructura que ostenta una empresa, tal como se observa en nuestra ley, adoptando uno de los tipos previstos”. (Gebhardt & Romero, 2016: 19). Las sociedades son sujetos de derecho, conf. art. 2 LGS, por ello, gozan de los atributos inherentes a la personalidad, esto es, nombre, capacidad, domicilio y patrimonio. (arts. 151, 141, 152 y 1882 y sigs., respectivamente, del CCCN).

El origen de las sociedades sigue siendo contractual, en donde los firmantes del acto adoptan un tipo establecido por la ley, que da nacimiento a un nuevo sujeto de derecho (Gebhardt & Romero, 2016: 18). Siguiendo los lineamientos del Código Unificado, las sociedades son personas jurídicas privadas, acorde al art. 148 inc. a).

La tipicidad permanece en la actual legislación, al igual que en la derogada. Esta tipología continúa siendo el mismo número cerrado, *numerus clausus*:

- a) Sociedad colectiva (art. 125 y sigs)
- b) Sociedad en comandita simple (art. 134 y sigs)
- c) Sociedad de capital e industria (art. 141 y sigs)
- d) Sociedad de responsabilidad limitada (art. 146 y sigs)
- e) Sociedad anónima (art. 163 y sigs)
- f) Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (art. 308 y sigs)
- g) Sociedad en comandita por acciones (art. 315 y sigs)
- h) Sociedad anónima unipersonal (agregada a la nómina por algunos autores) (Ibidem: 33) Lo cual disiento, por cuanto el legislador no le dedicó ningún articulado en especial, sino que simplemente dio la posibilidad de constituirse en forma unipersonal una sociedad pura y exclusivamente bajo la tipicidad de una anónima.

La clasificación de las sociedades es la siguiente:

a) Sociedades de personas (o personalistas) o por partes de interés: se persigue el 100% el criterio subjetivo al momento de elegir a los socios -sus facultades personales más allá del aporte- y en donde el capital se divide y denomina “partes de interés”. En esta clasificación encontramos a tres sociedades, a saber, la colectiva, la en comandita simple y la de capital e industria.

b) Sociedades “mixtas” o de cuotas: se persigue en un 50% el elemento subjetivo- elemento personal de los socios- y en un 50% el objetivo –capital que puedan aportar los socios- y cuyo capital se divide y denomina “cuotas”.

c) Sociedades “objetivas” o por acciones: se persigue un 100% del elemento objetivo- importa el capital y no las cualidades personales de los accionistas- y su capital se divide, denomina y en muchos casos se representa en “acciones” como título valor.

La responsabilidad de los socios en las sociedades regulares variará acorde al tipo elegido. Pero sólo pueden ser de dos maneras: de responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada o de responsabilidad limitada. En el primer caso, el acreedor social podrá ir contra el patrimonio personal del socio en el hipotético caso de que el patrimonio de la persona jurídica no alcance para satisfacer su acreencia. En el segundo caso, es imposible, debiendo dirigir su pretensión únicamente contra el patrimonio societario, quedando a salvo el patrimonio personal de los socios.

La constitución de la sociedad sigue siendo igual: acto constitutivo societario -que podrá ser contrato social o estatuto acorde al tipo elegido, por instrumento público o privado, a elección de los constituyentes- (art. 4 LGS). La excepción la encontramos para las sociedades anónimas que se constituyen siempre por instrumento público y por acto único o por suscripción pública (conf. art. 165 LGS), extensible a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, en comandita por acciones y anónima unipersonal.

La regularización de las sociedades se mantiene igual, lo que difiere es el plazo para la inscripción del contrato originario y sus modificaciones, que: tienen que realizarse dentro de los veinte (20) días del acto constitutivo, dentro del cual se presentará en el Registro Público para su inscripción, o en su caso, a la autoridad de contralor. El plazo para completar el trámite es de treinta (30) días adicionales, quedando prorrogado cuando resulte excedido por el normal cumplimiento de los procedimientos. Si se vencieron estos plazos, se podrá de todas formas inscribir el contrato social, pero siempre que ningún socio se oponga a ello, conforme al art. 6 LGS. La inscripción solicitada tardíamente o vencido el plazo complementario, sólo se dispone si no media oposición de parte interesada, compréndase con esto no una mera negativa sino una justa causa para que no medie la misma. El art. 7 LGS dice que la sociedad “sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio”.

Respecto al tema de las nulidades societarias, el régimen sigue siendo el mismo, salvo la innovación introducida por el actual art. 17 LGS en materia de atipicidad. En la anterior ley, “las sociedades mercantiles que no se constituían con uno de los tipos previstos eran de nulidad absoluta e inconfirmable.” En la actualidad ha desaparecido la diferencia entre sociedades típicas y atípicas:

En el caso de que omitan requisitos esenciales tipificantes o comprendan elementos incompatibles con el tipo legal, la sociedad no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la sección IV del Capítulo I, es decir, encuadrada en el art. 21 y siguientes de la LGS.

El art. 21 de la modificada Ley General Sociedades derogó a las denominadas sociedades de hecho e irregulares, pasándolas a llamar “de las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos”.

La Ley de Sociedades Comerciales contemplaba a partir del art. 21 y siguientes a las sociedades de hecho y las que no se constituyan regularmente – a estas se las solía denominar sociedades irregularmente constituidas-. El texto legal no las diferenciaba en lo conceptual, para ello debíamos recurrir a la doctrina. Sólo se limitaba a decir el legislador que las sociedades de hecho debían tener un objeto comercial. Esto no era un detalle menor, ya que tal como se expuso con anterioridad, desde la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales, la sociedad no era mercantil por su objeto, sino por su forma, es decir, por la adopción en su contrato o estatuto de uno de los tipos taxativamente previstos. Pero para que un juez pudiera expedirse, ante el planteamiento de un conflicto sobre si una sociedad era de hecho o no, debía contemplar que haya realizado actos mercantiles. Se les otorgaba una personería jurídica limitada y precaria sólo para su disolución y liquidación. En este punto se diferenciaban de las sociedades constituidas regularmente que tenían una personería amplia. En los casos en que debían ser disueltas y liquidadas, se las inscribía a tal fin por ante la autoridad de fiscalización externa que les correspondiera, a fin de que los terceros que contrataron con ellas, no fueran defraudados en su buena fe y para la protección de sus créditos. La doctrina y jurisprudencia aplicables a estas cuestiones coincidían en estos puntos.

Estas sociedades se presentaban cuando “existe sociedad de hecho con objeto comercial o sociedad constituida conforme a alguno de los tipos permitidos pero afectada por vicios en la constitución” (Richard y Muiño, 1998: 901-902).

La sociedades de hecho eran aquellas formas asociativas que funcionaban como sociedades con objeto comercial sin haber sido instrumentadas, por la simple actuación de sus integrantes y desviando su existencia de una empresa llevada en común con un afán de lucro (Murguillo, 2002: 21). Las sociedades irregulares eran las instrumentadas en base a un tipo de los regulados en la parte especial de la ley, pero afectadas de vicios de forma en su constitución, no cumpliendo con los requisitos registrales o de publicidad regulados para los tipos societarios establecidos; o que no han inscripto su contrato conforme a la ley (Murguillo, 2002: 20).

En otras palabras, podíamos definir a las sociedades de hecho como aquellas que realizaban objeto mercantil, carecían de un contrato constitutivo societario, pero entre las dos o más personas que la formaban existía un acuerdo de voluntades; en cambio, las irregulares sí tenían un contrato social, un acto constitutivo por escrito, en donde se adoptaba uno de los tipos previstos en nuestra legislación, pero en las que en algún momento se les interrumpió el *iter* cons-

titutivo. Este *iter* constitutivo eran los pasos para su regularización.

En esta sección encontramos variantes respecto del régimen anterior. Desde la entrada en vigencia de la presente ley, el contrato de las sociedades del art. 21 tiene efectos jurídicos. El art. 22 dice: el contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

La reforma alteró la responsabilidad de los socios que integran estos entes jurídicos – a diferencia de la LSC que en todos los casos imponía la responsabilidad solidaria e ilimitada, con todos sus patrimonios personales, no pudiéndose valer el contrato ni entre los socios ni contra los terceros-. Conforme al art. 24 LGS: los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción resulten de: 1) una estipulación expresa respecto de una relación, o un conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir por requisitos sustanciales o formales.

Nuestra crítica personal a esto es la siguiente: si la responsabilidad puede ser pactada de otra forma, a diferencia del régimen actual, en donde encontramos con certeza la diferencia y ventajas en cuanto a pertenecer a sociedades regulares o no, para qué nos molestaríamos en constituir una sociedad regular, siguiendo todas las formalidades de rigor, si con las del art. 21 LGS también podremos eludir responder con todos nuestros patrimonios personales. En este punto, no estamos de acuerdo con la reforma.

Mediante el nuevo art. 23 LGS se les “reconocen los órganos de administración y de gobierno a estas sociedades”, siendo otra innovación en la actual ley, atento a que en la derogada no eran contempladas. El artículo también introduce la posibilidad de que estas sociedades puedan adquirir bienes registrables, inscribiéndolo a nombre de ella e indicando la proporción en que participan los socios.

La existencia de estas sociedades puede acreditarse mediante cualquier medio de prueba, en este punto hay coincidencia con el régimen derogado.

El art. 25 en vez de regularización –tal como refería la legislación anterior- nos habla de “subsanción” en cuanto a las sociedades comprendidas en el art. 21 que quieran constituirse en forma regular. La misma podrá hacerse por iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. Es decir, si ya venció el plazo no se podrá subsanar. Para ello, se requiere la unanimidad de los socios que la integran. Si no logran esta unanimidad, podrá ser ordenada judicialmente en procedimiento sumario. El juez tiene las facultades otorgada por la LGS de suplir la falta de

acuerdo sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no la consientan. El socio disconforme podrá ejercer su derecho de receso dentro de los diez (10) días desde que quedó firme la resolución judicial.

También respecto de estas sociedades que estamos analizando, las del art. 21 de la Ley, cualquiera de los socios puede solicitar la disolución de la sociedad.

Art. 25: (...) Cualquiera de los socios puede invocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa (90) días de la última notificación. Los socios que quieran permanecer en la sociedad deben abonarle a los salientes su parte social. En cuanto a la liquidación, se regirá por las disposiciones de esta ley.

El art 26 LGS refiere a los casos de concursos y quiebras: las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aún en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto de los bienes registrables.

Otro instituto que sufrió cambios es la sociedad entre cónyuges. Éstos pueden constituir actualmente sociedades de cualquier tipo, incluso las del art. 21 y sigs., a diferencia del derogado art. 27 en donde sólo podían integrar sociedades de responsabilidad limitada o por acciones.

La disolución y la liquidación conservan el texto originario, a excepción de la incorporación en el articulado de la reducción a uno del número de socios, merced a la posibilidad de transformarse en una anónima unipersonal. En el Art. 94 bis., la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita simple o por acciones, y de capital e industria, en una anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres meses.

La parte especial de la LGS no tuvo cambios a excepción de una incorporación en el último inciso del art. 299 y la derogación de las sociedades accidentales o en participación y de los contratos de colaboración empresaria.

La nómina del art. 299 en su inc. 7º incorporó por la Ley 26.994, a las Sociedades Anónimas Unipersonales. Con esto se infiere que estas sociedades tendrán un mayor contralor por parte de la fiscalización externa- estatal- que le correspondiere al igual del resto de la nómina del artículo en cuestión, por ejemplo, deberán adoptar en forma obligatoria un órgano de fiscalización privada o interna, esto es la Sindicatura plural, denominada “Comisión Fiscalizadora” integrada como mínimo por tres abogados o contadores públicos.

Quedan derogadas de la ley los artículos 361 a 366 con respecto a las sociedades accidentales o en participación, pero su régimen jurídico pasó al cuerpo del Código Civil y Comercial (art. 1448 y siguientes) en donde se denominan

“negocios en participación”, manifestando que tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor, no tienen denominación, no están sometidos a requisitos de forma, ni se inscriben en el Registro Público. En el segundo apartado del art. 1442 se aclara que no son sujetos de derecho ni tienen personería jurídica. La ley que sancionó este nuevo Código también modificó algunos artículos de la Ley de Concursos y Quiebras, la 24.522, con respecto al tema que estamos tratando, agregó al art. 151 que habla acerca de la quiebra personal del socio gestor que produce la disolución de la sociedad accidental o en participación, lo siguiente: los demás socios no tienen derechos sobre los bienes sujetos a desapoderamiento, sino después que se haya pagado totalmente a los acreedores y los gastos del concurso. Cabe aclarar que la declaración en quiebra del socio gestor produce la disolución de la sociedad accidental o en participación que hubiere sido constituida con anterioridad al 1º de agosto de 2015, fecha en la cual la Ley 26.994 entró en vigencia y procedió a derogar los artículos estudiados (Vítolo, 2016: 261).

Tenemos a los contratos asociativos legislados en los arts. 1442 a 1447 del CCCN, los negocios en participación desde el art. 1448 a 1452, las agrupaciones de colaboración en los art. 1453 a 1462, y las uniones transitorias en los arts. 1463 a 1469.

### **3.- Conclusión**

Hemos transitado por los institutos más relevantes que fueron reformados por la actual Ley Nº 19.550 Ley General de Sociedades. Era necesario realizar algunas modificaciones al sistema otorgado por la anterior ley, esto es, la de Sociedades Comerciales. La constante evolución en la adaptación del derecho a la realidad imponía este cambio. Esto fue posible gracias a la entrada en vigencia el 1º de agosto de 2015 de la Ley 26.994 con la que se procedió a la unificación de dos grandes Códigos que por muchísimas décadas nos rigieron e hicieron historia en nuestro derecho positivo: el Civil y el Comercial. Producto de esta innovación dio a luz nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación y asimismo impactó en la Ley General de Sociedades, hoy objeto de este trabajo.

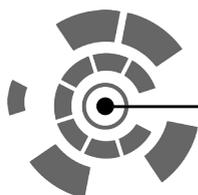
En general, los institutos que sufrieron modificaciones no son criticables en el sentido negativo, es más, merecían una adecuación a las nuevas exigencias del mercado empresarial, a excepción de la crítica personal y desfavorable que oportunamente realicé al sistema de la responsabilidad de los socios que integran las sociedades del art. 21 “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos”. Y, aún en este punto, quizás no esté todo dicho y podamos obtener otra modificación. Eso dependerá de las exigencias y de los cambios que imponen las transacciones comerciales, siempre mutantes.

## **Bibliografía**

- BORDA, Guillermo. (1985). *Manual de Contratos*. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires.
- GEBHARDT, Marcelo (Director) & ROMERO, Miguel A. (Coordinador) (2016). *Sociedades. Según la reforma de la ley 26.994*. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- MURGUILLO, Roberto A. (2002). *Sociedades irregulares o de hecho*. Gowa Ediciones Profesionales. Buenos Aires.
- RICHARD, Efraín Hugo & MUIÑO, Orlando Manuel. (1998). *Derecho societario*. Editorial Astrea de Alberto y Ricardo Depalma. Buenos Aires.
- VÌTOLO, Daniel Roque. (2016) *Manual de Concursos y Quiebras*. Editorial Estudio. Buenos Aires.



## Causa de la litigiosidad laboral frente a la Ley de Riesgos del Trabajo.



*Florencia Romina Gianfelici*

(UNL)

### Resumen:

La ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (LRT) y modificatorias es uno de los instrumentos legales que más ataques de inconstitucionalidad ha tenido a lo largo de la historia.

La proliferación de litigios laborales da cuenta de ello. Un informe elaborado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo establece que los juicios por accidentes laborales o enfermedades profesionales padecidos por trabajadores cubiertos por el sistema (se excluye al sector informal de la economía!) crecieron un 96,1% entre 2010 y 2015. Paradójicamente, según este informe el aumento de litigiosidad no se traduce en un aumento de la siniestralidad, aspecto con el cual gran parte de la doctrina no está de acuerdo.

A fin de reducir lo que se ha dado a llamar la “industria del juicio”, el 15 de febrero del 2017, se sancionó la ley 27.348 complementaria de la mencionada Ley de Riesgos del Trabajo. Se introduce con esta, el paso por las Comisiones Médicas Jurisdiccionales como una instancia administrativa previa de carácter obligatorio y excluyente.

Con dicha modificación se da un revés a lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Obregón” (17/04/12), en donde se entendió que este órgano administrativo con funciones jurisdiccionales no era inconstitucional en tanto y en cuanto no constituyesen una instancia obligatoria, sino opcional del damnificado, pudiendo este obtener la determinación de su incapacidad en sede judicial, sin necesidad de pasar por estas comisiones.

Otro dato de interés es que la nueva ley desfederaliza la materia de Riesgos del Trabajo al establecer que los dictámenes de las precitadas Comisiones Médicas podrían recurrirse ante la justicia ordinaria provincial, acogiéndose la opinión de la Corte en el caso “Castillo” (7/09/04).

Pero, aquello que podría haber sido una consagración normativa del avance jurisprudencial, quedó a mitad de camino. Atento a que será competente, conforme al articulado, el juez del domicilio de la comisión médica que intervino. Así, la denominada “industria del juicio” lejos de “cerrar su puertas” se “instalará” en las grandes urbes, perjudicándose a los destinatarios de la tutela que deberán recorrer largos kilómetros para procurar hacer efectivos sus derechos.

## 1.- Fundamentos

La distribución territorial de las funciones jurisdiccionales encuentra fundamento en la proximidad del tribunal al lugar de los hechos, al del domicilio de las partes o del cumplimiento del contrato. Todo ello en pos de promover la garantía de defensa en juicio y el principio de economía procesal.

Si bien se ha dicho que la legislación en estudio implica una violación a las competencias provinciales procesales no delegadas a la Nación, la invitación de adhesión a los gobiernos locales, por lo contrario, importa un respeto a dichas competencias<sup>46</sup>. Ello atento a que se pone así en cabeza de éstas la decisión de modificar sus propias normas procesales en base a la nueva normativa (Foglia, 2017, A). No se trata pues de una delegación de meras competencias administrativas a favor de las Comisiones Médicas Federales, como sostuvieron algunos autores (Gaetán, 2017).

Al respecto corresponde destacar que la adhesión de las Provincias ha sido relativamente escasa, desde que a la fecha sólo algunas lo han hecho como Mendoza, Río Negro, Corrientes, Tierra del Fuego, Jujuy, Entre Ríos, San Juan, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba y recientemente Provincia de Buenos Aires. Y muchas de las que adhirieron, la sujetaron a diversos condicionamientos, tal lo acontecido con Córdoba que supeditó la efectiva habilitación del régimen nacional a la creación previa de comisiones médicas suficientes en todo su territorio y, a su vez, instaló el inmediato acceso de los trabajadores a la justicia una vez agotada la vía administrativa, en lugar de hacerlos transitar por el recurso de revisión con efecto suspensivo por ante la Comisión Médica Central que prevé el artículo 2° de la ley 27.348 LCRT<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> En tal orden, obsérvese que la Ley Nacional de Tránsito, N° 24.449 y mod., por sus arts. 1 y 91, también dispone la posibilidad de adhesión de los gobiernos locales a dicha normativa, sin embargo, nadie ha cuestionado semejante invitación.

<sup>47</sup> Al respecto, cabe observar que la LCRT, en su art. 2°, 2do. párr., ya prevé la posibilidad de que el trabajador, opte por solicitar la revisión del dictamen de la CMJ ante la Comisión Médica Central, o bien directamente hacerlo ante la justicia ordinaria del fuero laboral provincial.

Al respecto cabe observar que si bien el art. 1 de la Ley 27.348 LCRT posibilita al trabajador acudir ante la Comisión Médica Jurisdiccional correspondiente a su domicilio o del lugar de la efectiva prestación de servicios, o donde habitualmente se reporta, dicho beneficio es sólo aparente, ante la escases de las comisiones médicas de referencia; y toda vez que en definitiva la acción judicial tendrá que entablarse ante el juez del domicilio de dicha Comisión, independientemente que se corresponda con el domicilio del trabajador. Lo cual menoscaba el principio protectorio del art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional al obligar al trabajador a litigar ante una jurisdicción extraña a su domicilio.

La falta de idoneidad e imparcialidad de tales órganos administrativos ha sido blanco de ataques de inconstitucionalidad.

La cuestión referida a la falta de idoneidad de dichas Comisiones, sólo integradas por médicos, encontraba fundamento en que estas resolvían los casos que se le planteaban desde la óptica de las reglas de las ciencias naturales. Siendo, por ende, ajeno a su competencia profesional dictaminar sobre aspectos jurídicos, de necesaria dilucidación en el procedimiento administrativo previo y obligatorio. A saber: la procedencia de la prueba, su análisis y evaluación una vez producida, su incidencia y evaluación jurídica en la controversia, la determinación de reglas de causalidad jurídica de autoría y adecuación, así como lo relativo a la cuantificación de la reparación (Foglia, 2017, B).

Para salvar tal objeción, el 11/11/17 la Superintendencia de Riesgos del Trabajo dictó la resolución 899-E/2017, por la cual dispone integrar las antedichas Comisiones con profesionales del Derecho, Secretarios Técnicos Letrados, a quienes coloca en un mismo pie de igualdad que los médicos, de suerte tal que se sus dictámenes, pasan a ser “médico-jurídicos”. En la misma resolución precitada, se precisan las facultades de estos nuevos integrantes, creándose, además, el cargo de Auxiliar Letrado, quien colaborará con la tarea de aquellos funcionarios expertos en Derecho.

En cambio, no parece aún resuelto el cuestionamiento a la imparcialidad, atento a que según la resolución SRT 1105/2010, la ANSES y las ART deben contribuir al Fondo de Reserva destinado a proveer de recursos a las Comisiones Médicas. De suerte tal que no resulta apropiado que las mismas ART sean las que financien a quienes van a determinar el monto que ellas tienen que indemnizar.

Independientemente de lo expuesto, la jurisprudencia analizó la constitucionalidad de esta instancia administrativa como instancia “previa, obligatoria y excluyente”. En este sentido la doctrina autoral y jurisprudencial, posterior al dictado de la Ley 27.348, se encuentra dividida. Quienes se inclinan por su constitucionalidad, lo admiten en la medida que exista una “revisión judicial suficiente y amplia” entendiendo que los “recursos” a los que erróneamente alude la nueva normativa, no impiden un proceso judicial de cognición intenso y de

producción de prueba. Se sostiene así que la laguna actual acerca del proceso judicial concreto ulterior debería ser integrada por los magistrados en base a sus potestades instructorias (Vidal, 2017). No creo que ello sea una conclusión válida, a lo menos de *lege lata*, atento que es claro que la voluntad del legislador ha sido conceder los recursos “en relación y con efecto suspensivo” sin que quepa otra interpretación.

Por lo contrario, quienes se inclinan por la inconstitucionalidad, se basan en que dicho paso obligado por las Comisiones Médicas lesiona el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la garantía del juez natural y el debido proceso legal, tutelados por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional y por diversos Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También se alude como fundamento de la pretendida inconstitucionalidad, la violación del principio de igualdad ante la ley, porque obliga al trabajador a cumplir con la instancia administrativa previa, cuando eso no ocurre con cualquier otra persona privada que sufre un daño, quienes tienen un acceso rápido y sencillo a la justicia (Mansilla, 2018). Si bien es cierto que existen otras instancias administrativas legales previas, como la mediación, en ninguna de ellas se decide por encima de la voluntad del trabajador como sí ocurre en las Comisiones Médicas (Mansilla, 2017).

La violación al principio de igualdad se agudiza, si se toma en cuenta que según el art. 1, párr. 3ro. de la mentada ley 27348, concede a los trabajadores vinculados por relaciones laborales no registradas, una vía judicial expedita que, como dijimos *ut supra*, no la tiene el trabajador registrado regularmente. Sin perjuicio de la dificultad interpretativa que se presenta respecto de los trabajadores “deficientemente registrados”, en cuanto a precisar si les alcanza o no el beneficio previsto en la norma precitada.

Igualmente se ha considerado que constituye una incoherencia la norma del art. 15, Ley 27.348, LCRT, modificatoria del art. 4, cuarto párrafo, de la Ley 26.773, en cuanto impone transitar la vía administrativa previa, aun en el caso de que el trabajador opte por la vía civil (Schick, 2017, A). No obstante que se mantuvo el último párrafo del art. 4 de referencia, que prescribe que para tal caso corresponde la aplicación de la normativa procesal y de fondo prevista para el Derecho común.

En cuanto a la determinación del Ingreso Base, valor clave para fijar el monto de la prestación dineraria, el art. 11 de la nueva ley 27.348 (LCRT) sustituyó el criterio que empleaba el viejo art. 12 de la ley 24.557 LRT<sup>48</sup>. Este último tomaba como base el promedio de remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones del año anterior a la primera manifestación invalidante. Este criterio resultó acertado en la época de su dictado, año 1995, período durante el cual

<sup>48</sup> Texto según D 1278/2000, art. 4.

existía un régimen de convertibilidad que establecía la paridad de \$1- U\$S 1. La ausencia de “paritarias”, motivo de la falta de movilidad salarial en al menos 10 años, fue otro de los fundamentos que justificó aquella modalidad de cálculo, que no encuentra razón de ser en un contexto socioeconómico claramente distinto, como el actual (Schick, 2017, B). Así, bajo la órbita de la ley 24.557 LRT, los altos niveles inflacionarios y el largo tiempo transcurrido entre el siniestro y la liquidación de la indemnización, hacían que la prestación dineraria llegue, prácticamente envilecida, a manos del trabajador .

Es precisamente para evitar esta problemática que la nueva ley 27.348 LCRT contempla la actualización de dichos salarios mensuales en función de la variación del índice RIPTE. Ello sumado a que el monto del ingreso base resultante, desde la fecha de la primera manifestación invalidante hasta el momento de la liquidación de la indemnización, devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina.

También, a diferencia del artículo derogado que sólo incluía como base de cálculo sumas remunerativas, el nuevo artículo contempla todas las remuneraciones e ingresos del trabajador, tomando como referencia el Convenio 95 de la OIT<sup>49</sup> vigente en la materia. Además, en caso de mora en el pago de la indemnización el precitado art. 11 LCRT, dispone la aplicación de la figura del anatocismo del art. 770 del Código Civil y Comercial de la Nación, y que el producido a su vez devengará un interés igual al antes expresado, hasta su efectiva cancelación.

La resolución 899-E/2017 resuelve otro de los problemas que dejaba abierto la ley 27.348 LCRT, cual es el supuesto en que exista discordancia entre los salarios denunciados a la ART por el empleador y los devengados a favor del trabajador. La solución dispuesta es que las indemnizaciones deben calcularse y abonarse en base a los salarios declarados por el empleador, y que cualquier diferencia debe ser resuelta por autoridad judicial. Pero se deja a salvo el acuerdo que se obtenga del trabajador con la ART ante el Servicio de Homologación, el que tiene carácter de cosa juzgada administrativa<sup>50</sup>. Sin perjuicio de ello, entendemos que el reconocimiento que efectuó la ART no puede serle oponible al empleador que no haya sido parte del proceso administrativo, de lo contrario podría verse vulnerado el art. 15 de la LCT que exige una justa compensación de

<sup>49</sup> El Convenio 95 dice al respecto: “A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

<sup>50</sup> El carácter de cosa juzgada administrativa hace que el acuerdo homologado no le sea oponible al trabajador cuando mediante una acción judicial este obtenga una sentencia que acredite la percepción o devengamiento de una remuneración superior a la denunciada a la ART (Romualdi, 2018).

los intereses en juego.

Para el caso que haya cualquier diferencia por sentencia firme, la resolución de SRT establece que la misma debe ser comunicada a la ART para que proceda a ajustar la prestación, pudiendo reclamar al empleador la diferencia que hubiere producto de la deficiente registración (Romualdi, 2017).

A primera vista la reciente ley 27.348 pareciera ser un nuevo parche legislativo a la ya remendada 24.557 ley de Riesgos del Trabajo, que al igual que sus anteriores modificaciones vuelve a insistir en los mismos errores de técnica legislativa, llevando a una estado de inseguridad jurídica que, conforme a sus loables fundamentos, se pretendía evitar.

Lamentablemente, ninguna de estas sucesivas reformas, en la premura de la consagración positiva de alguna solución, se ha detenido en indagar en torno a las causas patológicas de la conflictividad.

Se “prescribió” antes de “diagnosticar”, y así, en una lógica de razonamiento estéril, se pensó que frente al cúmulo de litigios la única salida era poner obstáculos al acceso a la justicia, todo ello en flagrante violación a los postulados de nuestra Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Parece claro que, frente a un daño en la vida de una persona, toda indemnización por cuantiosa que sea, peca de insuficiente. Por ello una buena política legislativa sería la que ponga el acento en la prevención del daño, que genera menos víctimas y litigiosidad. La cuestión pasa, entonces, por evitar el siniestro más que el litigio en sí. Aunque ello demande mayor inversión de los empleadores, de las ART y más control por parte del Estado.

## 2.- Conclusiones

1. **Ámbito de aplicación de la ley 27.348 complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo (LCRT).** Jurisdicciones locales: La invitación de adhesión a las Provincias formulada por la ley 27.348 importa el respeto a sus competencias jurisdiccionales no delegadas a la Nación.
2. **Idoneidad e imparcialidad de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales (CMJ).** La incorporación a las Comisiones Médicas de Secretarios Técnicos Letrados, por resolución de SRT 899-E/2017, despeja toda duda en torno a la falta de idoneidad de la precitada comisión. Sin perjuicio, ello no obsta al cuestionamiento de su imparcialidad.
3. **Revisión de las resoluciones de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales. Competencia Judicial.** La posibilidad conferida al trabajador de iniciar el trámite ante la Comisión Médica del lugar donde se domicilia, o del lugar de efectiva prestación de servicios, o donde habitualmente se reporta, es una mera

mejora cosmética, ante la escases de las mismas; y toda vez que en definitiva la acción judicial tendrá que entablarse ante el juez del domicilio de la Comisión de referencia, lo que genera un inconveniente al trabajador.

**4. Naturaleza de los recursos contra las resoluciones de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales.** El recurso propuesto como instrumento procesal para impugnar una resolución de la Comisión Médica Jurisdiccional, no parece ser un medio idóneo atento a sus limitaciones en cuanto al debate y a la prueba. No cabe hacer del término “recurso” una interpretación extensiva más allá del concepto propio que le cabe en la ciencia del Derecho.

**5. Determinación del Ingreso Base en la Ley 27.348.** Son acertados todos los mecanismos de cálculo y actualización previstos por el art. 11 de la ley de referencia, a saber: a) inclusión de las sumas no remunerativas a los fines de computar el ingreso base; b) ajuste por RIPTTE de los salarios mensuales computados para determinar el ingreso base; c) tipo de interés aplicable al monto del ingreso base y ante el incumplimiento de la prestación dineraria; d) previsión del anatocismo en el supuesto de mora.

**6. Servicio de Homologación en el ámbito de las Comisiones Médicas.** La homologación de los acuerdos en el ámbito de las Comisiones Médicas, entre el trabajador y la ART, no asegura la existencia de una justa composición de intereses, según lo exigido por la norma del art. 15, Ley N° 20.744, de contrato de trabajo, mientras no se le de intervención al trabajador.

**7. Valoración axiológica:** La Ley 27.348, complementaria de la LRT, conserva los mismos errores de técnica legislativa que evidencias las legislaciones precedentes en la materia. Descuida la protección y prevención laboral, siendo que ello redundaría en beneficio del trabajador y a la postre de los terceros, como son los consumidores.

## **Bibliografía**

FOGLIA, R.A. (junio de 2017, A). Comentario a la Ley 27.348. *Revista Actualidad en Derecho Laboral*. p. 36.

FOGLIA, R. A. (diciembre de 2017, B). Comentario a la resolución 899-E/017 (SRT). *Revista Actualidad en Derecho Laboral*. p. 68.

GAETÁN, J. C. (abril de 2017). Modificaciones en el sistema de riesgos del trabajo: una oportunidad perdida. *Derecho del Trabajo. La Ley*. p. 683.

MANSILLA, A. (13 de octubre de 2017). La Inconstitucionalidad de la instancia administrativa previa de la Ley 27.348. *La Ley*. p. 7.

MANSILLA, A. (enero de 2018). A propósito de una nueva declaración de inconstitucionalidad de la instancia administrativa previa, obligatoria y ex-

cluyente de la ley 27.348. *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. La Ley. Volumen (1)*, p. 31-36.

ROMUALDI, E.E (septiembre de 2017). Comentario a la resolución 899-E/2017 (SRT). *Actualidad en Derecho Laboral*. p. 70.

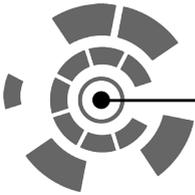
ROMUALDI, E. E. (23 de marzo de 2018). Las acciones ante la justicia laboral conforme a la ley 27.348 y sus resoluciones reglamentarias. *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. La Ley. Volumen (6)*, p.548.

SCHICK, H. (abril de 2017, A). Comentario a la ley nacional 27.348. *Revista Actualidad en Derecho Laboral. La Ley*. p. 33.

SCHICK, H. (julio de 2017, B). Ley 27.348 y Resolución SRT 298/17: cuestionamiento sobre su validez constitucional. *Derecho del Trabajo*. p. 1389.

VIDAL, V. (noviembre de 2017). Cuestionamientos y constitucionalidad de la ley 27.348. *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. La Ley. Volumen (22)*, p. 2286-2290.

## Asunción de riesgo. El transporte benévolo



Santiago Girado y Nicolás Gustavo Islas

(UNICEN)

### Resumen:

Aún antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la evolución de la responsabilidad civil por daños ha expandido progresiva y exponencialmente sus funciones, subsumiendo un abanico cada vez más amplio de supuestos.

Vivimos insertos en riesgo. Tanto las actividades cotidianas (que realizamos a veces de manera mecánica), como los avances tecnológicos en los más diversos campos, nos introducen en riesgos cada vez más amplios y no siempre fácilmente advertibles (ejemplo de ello son los actualmente llamados daños por “riesgo de desarrollo”, “medio ambiente”, etc.).

Advertimos asimismo un cambio en la óptica de la responsabilidad. Se ha producido una transición en el ámbito de esta por el cual se la observa desde otros prismáticos, los de la “víctima”. En respuesta a ello, venimos presenciando cómo se ha avanzado hacia un proceso objetivador de responsabilidad en pos del principio favor victimae, ubicando a la víctima en mejor condición de obtener una reparación por el daño causado. Este proceso ha motivado a Lorenzetti a sostener: “la responsabilidad deja de ser el instrumento utilizado para sancionar un comportamiento culpable, y se convierte, en cambio, en el medio de asistencia a la víctima de un accidente” (1993: 1149).

En el ámbito de la ponencia proyectada nos proponemos analizar la llamada “**doctrina de la asunción de riesgos**” para poder vislumbrar cuáles son sus presupuestos operativos y cual entendemos es o debería ser su lugar dentro de nuestro Derecho Civil. Asimismo, pretendemos sentar sus notas diferenciadoras con el llamado “consentimiento de la víctima”, ya que, como afirma Calvo Costa “...las nociones de *asunción de riesgos* y de *consentimiento de la víctima* poseen

indudables similitudes, aunque se tratan de institutos distintos con efectos jurídicos también diferentes” (2015:7)

Con ello en mente, proponemos analizar cómo opera este instituto frente al llamado “**transporte benévolo**”, cotejándolo con la normativa vigente a fin de evaluar si pone en crisis el esquema de responsabilidad civil del transportista (considerando su incidencia en el mercado asegurador).

## 1.- Introducción

Carlos Santiago Nino (1995:15), apuntando un brillante relato imaginario de Hart nos da el puntapié inicial en torno a las dificultades que podemos encontrar al intentar conceptualizar el término “**responsabilidad**”.- Se trata de un concepto que varía no solo de acuerdo a la situación –como lo demostraba Hart– sino también a la comprensión del interlocutor con el que nos topemos.

Campea entonces la necesidad de iniciar el presente análisis con una breve reseña respecto de la evolución de la responsabilidad civil, siguiendo para ello la guía trazada por la doctora Nicolau (1995), quien divide este proceso en tres periodos: fases primitiva, intermedia y contemporánea (esta última desarrollaremos en mayor profundidad).

La *fase primitiva* está signada por la indiferencia respecto al origen del daño, no se distinguía entre daños derivados del obrar del hombre (repartos) y daños provenientes de la fuerza de la naturaleza (distribuciones).- La responsabilidad en este período no presentaba los fines reparadores que entendemos hoy en día, sino que se trataba de expiar el dolor que causa el daño, atribuyéndola a quienquiera designase la sociedad, sin importar su relación con el hecho dañoso.

En el *período intermedio* se avanza en la distinción de repartos y distribuciones.- Aparece la figura del Estado interviniendo cuando se produce el hecho lesivo, imponiendo ante tal caso un reparto autoritario consistente, en una pena o en una reparación de aquellos daños que tenían causalidad inmediata y sensible (la omisión no era considerada origen del daño).- Se avanza sobre la noción de culpa, pero la misma no se desarrolla plenamente sino hasta fines del período, con lo cual la responsabilidad era objetiva, bastaba la existencia de un nexo entre la conducta y el daño para que se genere la obligación de reparar.

Finalmente, en el *período contemporáneo*, nuevamente las catástrofes son difícilmente toleradas y soportadas por la sociedad.- Se comprende que muchas de ellas son generadas con el propio obrar del hombre pero se tiende a repartir sus efectos entre la mayor cantidad de sujetos posible (piénsese, para ejemplificar, en el desarrollo actual de la llamada “función social del seguro”).- En el mismo sentido, Lopez Mesa(2009:36), precisa que se tiende hacia una *justicia distributiva* que permita trasladar el costo de los daños a la sociedad, en lugar de ser soportados por un único (y a veces insuficiente) patrimonio individual –la

socialización de la responsabilidad.

En ese sentido, el avance va marcando sus diferencias con los períodos anteriores.- Así, para distribuir el costo de la reparación entre más personas se obliga no solo a quien es “culpable” en la realización del hecho dañoso, sino también a quien ha “*introducido*” el riesgo, a pesar de no haber intervenido en él. También se abandona la idea del daño proveniente de manera exclusiva de un hecho ilícito y, ahora, se reconocen supuestos de actividades lícitas generadoras de riesgo (ejemplo de ello, la tan controvertida cuestión de los riesgos de desarrollo y la tecnología que emplea frecuencias que pueden causar trastornos en el cuerpo humano) susceptibles de causar un daño, en el cual de configurarse, encontraremos la antijuricidad.

En cuanto al **daño**, observamos que no solamente tenemos el patrimonial – clásico de la etapa intermedia-, sino que se suma el daño moral, el lucro cesante, eventual, proyecto de vida, etc.

En suma, afirma Nicolau, estamos en presencia de un régimen “*en general*” mas justo. Empero “*...cuando se extiende demasiado la responsabilidad, alcanzando a quienes están demasiado lejos de la conducta que produjo el daño, se introduce cierto grado de injusticia*”. Ello especialmente porque “*se trata de resarcir el daño, pero de manera inmediata no se investiga quién es su autor*” (Nicolau, 1995:51).

## 2.- Asunción de riesgos

Nos preguntamos ahora, ¿existen límites a este proceso “socializador” de la responsabilidad civil?

Desde hace tiempo trasunta la llamada doctrina de “**asunción de riesgos**”. Se parte de un sujeto capaz que, contando con un cierto grado de información y mediando su voluntad avanza sobre una actividad riesgosa susceptible de causarle un daño en su persona o bienes, eximiendo u aliviando la responsabilidad de terceros que participan (activamente o no, como ya veremos) en esa misma actividad.

La idea no resulta del todo nueva. Ya en la Ley de las XII tablas se enunciaba “*Nunquam volentibus dolus infertur*” (No se infiere daño a los que lo quieren). En el cuerpo del Digesto aparecían ideas similares expresándose: “*Reprobare non possim sem el probatum*” (Yo no podría reprobar lo una vez aprobado) o “*Nullum potest videri iniuriam accipere qui semel voluit*” (No es injuria la que se haga al que la quiere). También según Cabanellas (1987), se reconocía como regla de derecho la siguiente: “*Nemo videtur fraudare eos quisciunt et consientunt*” (Se considera que nadie defrauda a quienes saben y consienten).

Así, al asumirse un riesgo, se está ponderando la **posibilidad** de que acon-

tezca un resultado dañoso. Ello no importa asumir un resultado concreto del cual se tenga un certeza sino de riesgos que, si bien previsibles, no llegarían a configurarse en un curso normal de las cosas (así, por ejemplo, en los deportes de riesgo, se asume el riesgo de sufrir una lesión o incluso perder la vida, pero este riesgo no se produciría si se obra con la diligencia debida dentro de un curso normal y previsible de las cosas).

Campea destacar que existe una gran diferencia entre aceptación y asunción de riesgos -aún a pesar de que parte de nuestra doctrina y jurisprudencia los empleen indistintamente-. *Aceptar*, según la real academia española significa “*recibir uno voluntariamente lo que se le da, o se le ofrece*” mientras que asumir consiste en “*atraer a sí, tomar para sí, o sobre sí, responsabilizarse por algo*”. Así, entendemos que el término apropiado para referirse a esta figura es el de “asunción de riesgos”.

Y esta diferencia no es solo semántica.-No faltan quienes sostienen que esta doctrina exige (sea como morigerador u eximente de responsabilidad), una “participación” activa de la víctima en el hecho dañoso. No estamos de acuerdo. Asumir un riesgo importa responsabilizarse por la conducta personal, y debe ser analizada en términos eminentemente subjetivos, evaluando la situación particular de la víctima, en este sentido, Paul Velazco (2001) diferencia entre casos de “asunción de riesgo” y lo que él llama “autopuesta en peligro”. En los casos de autopuesta en peligro, media una concurrencia de conducta imprudente en la producción de hecho dañoso, mientras que la asunción de riesgo se caracteriza en que “(...) *la conducta de la víctima no tiene eficacia causal en la generación del hecho dañoso, pero si, junto con la del creador del riesgo, en el daño producido*” (Velazco,2001: 248).

Análogamente, Spengler y Connaughton (2003) distinguen entre asunción expresa y tácita de riesgo y, dentro de la segunda categoría –la que es de nuestro interés- la clasifican en primaria y secundaria. En los casos de asunción de riesgo tácita primaria, se presume que la víctima ha consentido el riesgo inherente propio de la actividad dado su participación en ella Así, los autores indican: “*a defendant owes no duty to protect people from well-known, obvious, or inherent risks in all activity*”(2003: 115) (el demandado no tiene deber alguno de proteger a la gente de aquellos riesgos bien conocidos, obvios o inherentes propios de toda actividad). Por su parte, la asunción tácita y secundaria tiene lugar cuando la víctima ha asumido el riesgo proveniente de la *negligencia en la actividad realizada por otro*, es decir, en la que no tiene una intervención activa.

Ante casos de “autopuesta en peligro”, el criterio de apreciación debe ser objetivo, valorándose la conducta negligente de la propia víctima que ha derivado en un daño a su persona o, sus bienes. Ello es improcedente en el caso que nos ocupa, en cuanto aquí –como veremos- nos interesa saber si la víctima pudo conocer y estaba informada del riesgo, si lo comprendía y, ante ello, si pudo vo-

luntariamente asumirlo.

## 2.1.- ¿De qué hablamos cuando hablamos de riesgo?

El riesgo puede ser definido como la *contingencia o proximidad de un daño*. Vivimos insertos en riesgo, convivimos con él y, en algunos casos (por nuestra aversión al mismo), procuramos escudarnos de situaciones disvaliosas cuyas consecuencias estamos dispuestos a soportar.

Es entonces necesario determinar las características que debe ostentar el riesgo para ser relevante en el marco de la doctrina que analizamos. Ello es sumamente dificultoso, en cuanto por un lado, intervienen valoraciones morales sobre cómo concebimos a la sociedad; y por el otro, la postura que adoptemos a su respecto tendrá eco sobre los puntales que sostienen nuestra concepción de responsabilidad.

Sin pretender agotar aquí las distintas posturas, reseñaremos aquellas que consideramos más relevantes:

➤ Para Paul Velasco (2006) el riesgo debe asumir los caracteres de ser “notorio y elevado”, agregando el autor los caracteres de “especificidad y anormalidad” del mismo. Solo ante riesgos de tal entidad, sería operativa la asunción, incluso por una mera “yuxtaposición” de la víctima en la situación de riesgo.

➤ Dentro de la doctrina norteamericana, de acuerdo a la enciclopedia legal West<sup>51</sup> el riesgo debe ser “conocido o al menos apreciable”, y debe mediar una “desproporción” entre el riesgo asumido y la ventaja que al incurrir en él se esperaba obtener.

➤ Para Mayo y Prevot el riesgo “*ha de ser patente y de la suficiente entidad como para exigir del dañado un acto de asunción o rechazo. No basta con el conocimiento del riesgo, debe conocerse la probabilidad aproximada de que se produzca el daño y la posible gravedad de este*” (2009:996).

➤ A su turno, R.D. Pizarro coincide en que “*existirá aceptación de riesgos en aquellos supuestos en que la víctima consciente o inconscientemente, asume un peligro extraordinario, anormal, frente a una conducta idónea para causar un daño*” (2006:261).

➤ Dentro de la jurisprudencia anglosajona, nos cabe citar en similares términos el leading case “Morris contra Murray”. En este caso Murray, quien era piloto y se encontraba bajo los efectos del alcohol,

---

<sup>51</sup> “*The plaintiff’s conduct confronting a known risk might be in itself unreasonable, because the danger is disproportionate to the advantage the plaintiff is pursuing*” (West on line law Encyclopedia. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Assumption+of+Risk>).

decide llevar en avión con motivos recreativos a Morris, quien también estaba alcoholizado. El episodio terminó con la muerte de Murray y Morris plantea su demanda en el caso. La defensa propone como argumento la teoría de la asunción de riesgos (*volenti non fit injuria*) y en su voto el Magistrado Fox<sup>52</sup> este adhiere, por un lado, al hecho de que el simple conocimiento del riesgo no alcanza, y es necesaria la presencia de un riesgo que asuma una gran entidad según la circunstancia y, agrega, que tal entidad de riesgo debe estar acompañada de un conocimiento cabal del mismo y de una conducta que permita inferir la voluntad en su asunción.

➤ En nuestra jurisprudencia, por su parte, podemos señalar el caso “Pose, José D. c. Provincia de Chubut y otros”<sup>53</sup> en el cual la Corte Suprema, al tratar el tema indica: *“En cuanto a la invocada teoría de la aceptación<sup>54</sup> de riesgos... por lo pronto ella ha sido sostenida especialmente en el marco de las competencias deportivas o de imprudente aceptación de riesgos de otra índole pero siempre en el marco de riesgos anormales o extraordinarios”* (el resaltado nos pertenece).

Como vemos, la mayoría coincide en que debe tratarse de situaciones anormales, riesgos extraordinarios, graves, etc. y algunas de ellas refieren a un grado de **“proporcionalidad”**.

En nuestra opinión, el centro de atención en esta cuestión no debería ser el carácter “anormal u extraordinario” del riesgo. Asumirlo forma parte del plano de la personalidad del sujeto, dentro de su esfera de “autodeterminación” y, es por ello que toda persona que goza de plena capacidad debería poder ponderar los riesgos a los que se expone (siempre que no medie coerción alguna) y optar por asumirlo o no, independientemente de su gravedad, anormalidad, excepcionalidad.

Consideramos que son tales las notas a evaluar respecto del riesgo asumido: **“proporcionalidad”, “razonabilidad” y “evitabilidad”**. Proporcionalidad y razonabilidad son dos presupuestos que se vinculan íntimamente como veremos.

Por **proporcionalidad** entendemos la correlación entre la conducta que coloca al sujeto en situación de riesgo y la ventaja que espera obtener.- En este punto, lo que nos preguntamos es si hay una relación en términos de equivalencia entre el daño que podría llegar a sufrir y la ventaja esperada frente a tal conducta.

---

<sup>52</sup> “I think that the *volenti* doctrine can apply to the tort of negligence, though it must depend upon the extent of the risk, the passengers knowledge of it and what can be inferred as to his acceptance of it” (Voto DR. FOX en “Morris v. Murray” Transcript of the Shortland notes of the association of official shorthandwriters Ltd., Room 392, Royal Courts of Justice, and 2, New Square, Lincon’s Inn, London WC2A 2RU).

<sup>53</sup> CS. “Pose, Jose y D. c. Provincia de Chubut otra” LL. 1994-B. Pág. 438.

<sup>54</sup> Nuevamente, recordamos que en nuestra opinión debería decir “asunción” y no “aceptación”.

Este criterio es completado por la **razonabilidad** –como una suerte de correctivo-. Se trata del análisis de la ventaja esperada (interesándonos aprehender si a pesar de la proporcionalidad riesgo/ventaja, realizar la conducta deseada es sensato o no) a fin de evaluar si este fue debidamente evaluado y deliberado. Como consecuencia, no habrá asunción en aquellas conductas mecánicas o actos reflejos, respecto de actividades intrascendentes, inocuas, etc. (por ejemplo subir en ascensor).

Finalmente, nos preguntamos por la **evitabilidad** del daño, ¿podría haber evitado el agente el daño ocasionado sobre su persona o sus bienes? En este punto nos apartamos de la conducta realizada para valorar qué *conductas alternativas* podría haber llevado a cabo la víctima que le hubiesen permitido alcanzar un resultado similar con una ventaja en los mismos términos, es decir, habiéndose colocado en una situación cuyo riesgo valorado ahora objetivamente hubiese sido menor.

Sobre estos tres criterios creemos que se puede construir el abanico de riesgos (y consecuentes conductas) “asumibles” dejando de lado otras tantas cuya proporcionalidad/razonabilidad las hacen irrelevantes.

### 3.- La información del riesgo

Cabe ahora preguntarse sobre el grado de información con el que debe contar el agente, en pos de asumir un riesgo determinado. Y ello no resulta baladí si partimos de que no es posible asumir lo que no se conoce.

Existirán casos en los cuales el estándar del hombre medio y diligente nos servirá de guía para determinar si pudo o no haber contado con información suficiente. En otros casos, para que sea posible “asumir” se necesitará información específica, y para ello es necesario determinar si fue **suministrada**, y si pudo ser efectivamente internalizada.

Juega aquí el concepto de previsibilidad. A mayor información, se reduce nuestra natural incertidumbre y aumenta nuestra “previsibilidad”. De este modo, podemos prever en forma amplia las potenciales consecuencias de colocarnos en una situación de riesgo.- Ejemplificando, supongamos que el dinero no fuese un problema para nosotros y tuviésemos que elegir entre cualquiera de los medios de transporte de pasajeros del mercado: nos va a interesar cuál es la tasa de accidentes anuales de cada medio, el porcentaje de probabilidad de supervivencia en accidente según cada uno de ellos, etc.

### 4.- Transporte benévolo. Breve reseña.

Queda ahora deslindar conceptos, a saber, los de transporte gratuito y transporte benévolo.

Dentro de nuestra doctrina existen quienes alegan la existencia de una nítida diferencia entre ambas figuras. Así, Lorenzetti (1997) señala que dentro de los presupuestos del transporte benévolo encontramos el que exige que se trate de un acto de mera “cortesía” y no de beneficencia, por cuanto la beneficencia (que importa gratuidad en la realización de un acto habitualmente oneroso) nos haría ingresar en los casos de transporte gratuito (y sus consecuencias disímiles con los casos de transporte benévolo).

Brebbia (1984), por su parte, distingue entre estos dos supuestos indicando el carácter de “hecho jurídico” del transporte benévolo y el de “acto jurídico” en los casos de transporte gratuito siendo en estos últimos aplicables los principios de la responsabilidad civil contractual y/o aquiliana.

Como vemos, se trata de casos en los cuales se hace muy difícil el deslinde entre las figuras, ya que solo en el plano teórico nos es relativamente sencillo diferenciar entre casos que supongan gratuidad y casos que importen una simple cortesía o acto solidario.- Ello llevó a Orgaz (1970:247) a sostener que “*el transporte gratuito es el benévolo*”.

A pesar de ello, sostenemos en igual sentido que Trigo Represas (2004) que ambas figuras no son iguales ni importan las mismas cosas. Así, para que exista transporte benévolo siguiendo al citado autor, será necesario que se den los siguientes presupuestos:

- 1) Manifestación de voluntad del conductor, dueño o guardián del vehículo, en el sentido de admitir en el mismo a un tercero, sin que interese que la invitación haya partido del transportador o que este haya accedido a un requerimiento formulado por el viajero u otra persona.
- 2) La razón de la realización del viaje no debe surgir como una necesidad impuesta por una relación jurídica que una a transportador y transportado; caso, por ejemplo, de quien en cumplimiento de sus funciones o tareas, es llevado de un sitio a otro por su patrón o superior.
- 3) La aceptación de compartir el viaje por el conductor, dueño o guardián, debe ser hecha como un acto de cortesía o con el propósito de hacer un favor, o sea, que debe existir un interés preponderante por parte del tercero transportado; lo que no sucede, vgr., si el transportista tuviese el propósito de obtener una ventaja para sí, como conseguir quien le maneje el coche o se alterne con él en la conducción. Agregamos en este punto que tampoco estaríamos ante transporte benévolo si el transportista realiza habitualmente (de manera profesional y organizada) transporte de personas y en el curso del mismo decide no cobrar el precio del servicio a una determinada persona o varias de ellas.
- 4) El viajero no debe estar obligado a abonar un precio o a

efectuar cualquier otra prestación, como retribución por el transporte.

En lo tocante a la naturaleza jurídica de este instituto adherimos a las tesis extracontractualista por los siguientes motivos:

1) Entre las partes no media una negociación en el sentido de un “*acuerdo de voluntades*”. Los casos de transporte benévolo se dan “ocasionalmente” es decir, cuando el transportista voluntariamente acepta llevar a un tercero con ánimo de beneficiarlo, de hacer un favor, *no hay sesgo de habitualidad*.

2) Coincidimos con López de Zavalía (1993) en que no todo transporte benévolo –en sentido amplio- asume la forma extracontractual. Así, la nota de gratuidad tiene solo un papel secundario, dado que el transportista puede asumir el compromiso de llevar diariamente y de manera gratuita a un tercero, generando en ello un interés simple en este último respecto del transporte. En estos casos, es natural que estemos en presencia de un “*contrato gratuito*” cuyas características pueden admitir una gradación en virtud de principios de solidaridad/equidad de la responsabilidad.

3) El contrato conceptualizado como acuerdo de voluntades lleva ínsita la idea de un cierto poder de negociación ejercido por las partes (por pequeño o reducido que este sea) en el cual se ponen de acuerdo en las distintas modalidades que afectarán al contrato. En el caso de transporte benévolo esto no ocurre. El transportista que generalmente tiene un destino prefijado acepta llevar a un tercero cuando este tiene un destino de viaje similar –sea parcial o definitivo- con la simple intención de solidarizarse con otro o de hacer un favor.

## **5.- La asunción de riesgo en el transporte benévolo.**

Existe en nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales, así como también en el plano internacional, una fuerte línea argumental que se opone a la posibilidad de que una persona asuma el riesgo proveniente de aprovechar el transporte realizado por otra, mediando un simple acto de solidaridad, camaradería, amistad o desinterés por parte del transportista.

Entendemos que ninguno de los argumentos reseñados son razonables al proscribir su aplicación. Se trata de un equívoco en el cual se mezclan conceptos o acepciones distintas en relación a la “asunción de riesgos” (como sostuvimos al inicio de este trabajo al distinguir entre “asunción de riesgos” y “autopuesta en peligro” o “asunción de riesgo tácita primaria y secundaria”), mientras que en otro se ponen en juego concepciones moralistas. - En este último grupo encontramos a quienes sostienen que nunca podría renunciarse a derechos tales como la integridad física o la vida, ya que los mismos son indisponibles y se encuentran

fuera del comercio.

El riesgo asumido es siempre eventual e incierto, se asume la posibilidad de que algo ocurra, en determinadas circunstancias, pero nunca un resultado concreto. No creemos que se trate de una mera cláusula de irresponsabilidad absoluta, mucho menos de un acto de disposición sobre la propia vida o la integridad física, sino que se trata de una decisión por parte del agente, al optar por incluirse dentro de cierto tipo de riesgos, y bajo determinadas circunstancias, aún conociendo que podría darse un resultado dañoso.

Asumir el riesgo en el caso de transporte benévolo no importa celebrar un bill irresponsabilidad, sino que importa tomar el individuo las riendas de su vida, haciéndose responsable frente a las decisiones volitivamente adoptadas, que lo llevan a exponerse a un determinado riesgo.

En los casos de transporte benévolo, estamos en presencia de una persona que haciendo una valoración de sus circunstancias opta por ser transportada por un tercero cuya pericia en el manejo desconoce, sirviéndose del riesgo introducido por este, con la expectativa de *obtener una determinada ventaja*. Esta figura tiene un trasfondo de solidaridad y de fraternidad, ya que quien acepta trasladar a un amigo o a un desconocido lo hace de buena fe, y con total desinterés, al solo efecto de prestar ayuda al prójimo.

En estos casos, el transportado siempre tiene una opción, o bien puede optar por ser transportado en estas condiciones (conductor y rodado cuya pericia o estado se desconocen, sin saber acerca del conocimiento del conductor sobre el camino, habilitación para conducir del conductor, velocidad a la que se va a viajar, estado de ánimo del mismo, etc.) o bien puede optar por contratar con un transporte profesional su traslado en el cual gozará de ciertas ventajas que disminuyen exponencialmente el riesgo (control de los vehículos por autoridades provinciales y/o nacionales, profesionalidad y habilitación del conductor, límites en la velocidad, conocimiento de la ruta a seguir, obligación de seguridad, obligación de transportar al pasajero hasta el preciso lugar donde se haya convenido, seguro ante cualquier lesión a la integridad física y de vida, seguro que protege los efectos personales que acompañan al transportado, etc.).

La distinción entre los supuestos no es baladí. El transportista profesional asume un **deber de seguridad** de resultado. Su objeto no solo es el transporte, sino el transporte efectivo y con resguardo pleno de la integridad física y psíquica del transportado. Para ello, debe organizarse de modo tal en que cumpla con estándares que se sitúan muy por encima de aquellos exigibles al hombre común.- Por su parte, quien transporta a un tercero desde la solidaridad, sin fin de lucro u profesionalidad, no se encuentra obligado por el mismo standard de cuidado, mas allá de los impuestos por el respeto a las normas mínimas de circulación vehicular.

Adherimos a Polinsky quien refiere que toda persona con aversión al riesgo tiende a intentar reducirlo por los medios que pueda. Solo cuando se trata de un “riesgo beneficioso” es cuando se decide, a la luz de las circunstancias, asumirlo, con la expectativa de obtener un determinado beneficio.

En estos casos, el riesgo *no tiene nada de ordinario ni de cotidiano*. Nos parece evidente aquí nuestra situación “natural” de riesgo se magnifica y expande. Por ello, si comparamos los bienes comprometidos (integridad física, psíquica o la vida) con el beneficio económico que se pretende obtener, fácilmente advertimos que no hay una cierta proporción entre riesgo/beneficio, ni una verdadera razonabilidad en ello, siendo el riesgo evitable (o siendo al menos posible disminuirlo). Con esto queremos indicar que no estamos en presencia de un riesgo cotidiano u ordinario, sino en presencia de un riesgo que goza de cierta entidad y que admite la aplicación de la doctrina de la asunción de riesgos.

La figura, otrora resistida, ha ingresado en el texto de nuestro Código Civil y Comercial en el Art. 1719: *“La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”*

Empero, creemos que bajo este título se engloban las dos doctrinas que hemos analizado precedentemente, aceptación y asunción de riesgos.-

En la primer parte del artículo, se hace referencia a la “exposición voluntaria a una situación de peligro”. A diferencia del riesgo, aquel es una “contingencia inminente”, se trata de una condición intrínseca que se atribuye a algo (por ej. el tendido de cableado de alto voltaje, tiene la condición intrínseca de ser peligroso, y así normalmente lo consideramos). Cuando hablamos de riesgo, hablamos de una combinación que conjuga probabilidad y consecuencia, no de algo inminente.

De modo tal que, la aceptación de riesgo, se hace presente en la primer parte, con un efecto que no ingresa en el análisis del presente trabajo.

Por su parte, la doctrina que examinamos (al menos con la dimensión conceptual que proponemos) aparece en la segunda parte del mismo al hacer alusión al llamado hecho de la víctima, dentro del género, hallamos la especie (asunción de riesgos).

De modo tal que, asumido el riesgo, dos son los posibles efectos, según sus circunstancias: ruptura total o parcial del nexo de causalidad. Evaluando el riesgo asumido, la información que sobre el mismo contaba y la ventaja que se esperaba obtener, corresponderá una solución o la otra.

Dentro del transporte benévolo, los efectos de la teoría aparecerán con distintos requisitos:

1.- Ruptura total del nexo de causalidad: Dentro del supuesto que analizamos, puede darse en dos casos: **a.-** Aquellos casos en los que el riesgo es absurdo, notorio y extraordinario, superando groseramente el límite jurídicamente aceptable, no obstante lo cual la víctima opta libremente por asumirlo. En tales casos, la valoración de la conducta de quien pretende servirse de un riesgo groseramente desproporcionado irrazonable y evitable, debe acarrear la ruptura total del nexo de causalidad. **b.-** Cuando el daño proviene por el hecho de un tercero ajeno al conductor, quien ha obrado diligentemente. Como dijéramos, a diferencia de los restantes casos vinculados al transporte, en el llamado transporte benévolo el conductor no asume el “deber de seguridad” propio de las otras figuras. Quien desde la solidaridad actúa, solo se encuentra obligado a un standard natural de conducción, lo que implica el respeto por las normas de tránsito y demás reglas de conducción, mantenimiento vehicular, etc. Así, cuando el accidente proviene por el obrar de un tercero, habiendo ajustado el transportista benévolo su conducta a la normativa de tránsito, el nexo de causalidad debe interrumpirse, no siendo responsable de los daños que deriven sobre la víctima o sus bienes.

2.- Ruptura parcial del nexo de causalidad: En otros casos, la asunción de riesgos operará como “morigeración” de la responsabilidad del transportista. Tales casos pueden provenir de errores de derecho (no excusables) sobre la normativa de tránsito, omisiones simples de mantenimiento vehicular (tener vencida la verificación técnica vehicular obligatoria, regular o mal estado de neumáticos, etc.) imputables al conductor, aunque *desconocidas por éste*, destacamos que el conocimiento por parte del conductor resulta excluyente en la aplicación de la doctrina reseñada y de sus consecuencias jurídicas: el ocultamiento de información relevante al riesgo neutraliza la aplicación de la doctrina de asunción de riesgos, en cuanto el riesgo, para asumirse, debe conocerse. En el sentido propiciado, la interrupción del nexo causal será parcial y morigerará la responsabilidad del transportista benévolo en casos tales como la circulación en contramano bajo la creencia de hacerlo en sentido correcto (por ejemplo en calles de tierra u escasa señalización), defectos del vehículo por negligencias simples, etc.

Este criterio, ha encontrado eco en nuestra reciente jurisprudencia:

*“La función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman<sup>55</sup>; “Si bien es cierto que de la mecánica de lo acontecido (accidente de tránsito entre una moto y un auto) no logra colegirse un aporte causal de parte del actor (conductor de la moto con dos niños) en la forma de ocurrencia del accidente, lo cierto es que si el mismo*

<sup>55</sup> CSJN – “Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín Y OTRO s/daños y perjuicios” - B. 915. XLVII. RHE – Fecha: 08/04/2014 - Fallos: 337:329

*hubiera sido diligente en el respeto de las normas que eran de su exclusiva órbita y que hacían a las condiciones de circulación del vehículo por su persona conducido (art.14 inc. g.3.2. anexo III, del Decreto n° 532/09 reglamentario de la ley provincial n° 13.927 y 40 inc. g de la ley 24.449), mucho menores hubieran sido las lamentables pérdidas y los cuantiosos perjuicios. Esa asunción del riesgo por su parte no puede pasar inadvertida a tenor de los agravios formulados por los apelantes, lo que desde la doctrina viene siendo destacado como un hecho de la víctima, cuando como en el caso esa asunción ha sido causalmente relevante del daño, tanto más cuando a tenor de las condiciones en que se realizaba la circulación (tres personas en una moto) tal riesgo resultaba evidente y quien conducía la motocicleta lógicamente se encontraba en condiciones de representarse la probabilidad de la producción de un daño y su gravedad, en otras palabras, ha existido incidencia causal de la conducta del causante en los daños padecidos por los reclamantes lo que según mi entender ha de tener el efecto de limitar la dimensión resarcitoria del sujeto pasivo sindicado como responsable en porcentual que juzgamos equitativo establecer en un cincuenta por ciento (50%) de las indemnizaciones consagradas en la instancia anterior”<sup>56</sup>; “En materia de transporte benévolo, desde la tesis de asunción de riesgos, el dueño o guardián demandados, solo se liberan -total o parcialmente- ante la asunción por la víctima transportada de un riesgo anormal o extraordinario. El transporte benévolo genera responsabilidad extracontractual del transportista, en base al riesgo creado art.1113 2do.parr. “in fine” Cód.Civ., el que podrá eximirse de responsabilidad (parcial o total) ante la conducta, comportamiento o actuación de la víctima, que puede haber contribuido a causar su propio daño. Ello así, en un porcentaje del 20% (veinte por ciento) de responsabilidad, para los transportados que aceptaron el viaje de noche (2:20Hs) y en condiciones harto peligrosas ya que la densa niebla impedía la visión más allá de un par de metros”<sup>57</sup>.*

3.- Responsabilidad total del transportista: Finalmente, creemos que la doctrina de asunción de riesgos no resulta operativa en los casos de **“reticencia u ocultamiento”**. Así, cuando el transportista oculta información sustancial vinculada al riesgo a asumir por el transportado, no puede admitirse asunción alguna, sobre el punto, tenemos dicho que para asumir un riesgo, este debe haber sido conocido por el sujeto, con la suficiente y adecuada información. Sin ello, la doctrina no tiene injerencia alguna. Tales son los casos en los que el transportista oculta su inhabilitación o falta de idoneidad para conducir, defectos vehiculares severos no reparados, así como toda otra circunstancia relevante de riesgo que,

<sup>56</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Nicolás –“Casas, María de los Angeles c/ Becerro, Marcos Eugenio y otro s/ Daños y Perjuicios” - 12272 – Fecha: 05/05/2016 – Fuente: <https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>.-

<sup>57</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, Sala II – “Fittipaldi Luis Joaquín y otra c/ Medina de Burlak María Luisa y otros s/Daños y Perjuicios” - 41837 - RSD-164-00 – Fecha: 05/12/2000 – Fuente: <https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>.-

siendo conocida por el transportista, le es ocultada al transportado.

## 6.- Conclusión

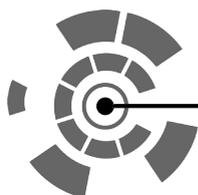
Como vemos, de lo hasta aquí expuesto, creemos que la doctrina abordada en estas líneas tiene plena aplicación en nuestro Derecho vigente, y con mayor énfasis desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que la ha incorporado, a juicio de quienes suscriben, en el universo jurídico de la responsabilidad civil, estando sus efectos variados e indisolublemente unidos a las particularidades del caso cotejadas con los criterios expuestos sobre riesgo, información y voluntad.

Empero, creemos que la redefinición del riesgo será necesaria para que la apreciación de la conducta por parte de la víctima sea filtrada en esta doctrina, abandonando definitivamente la medida del riesgo “anormal u extraordinario”, por otro que permita evaluar el límite jurídicamente aceptable de riesgo según el caso.-

## Bibliografía

- LÓPEZ DE ZAVALÍA, F.J. (1984). *Teoría de los Contratos*. Zavalia editor. Tercera edición.
- NICOLAU, N.L (1995). “Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectivas y tendencias”, en *La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.
- POLINSKY, M.A. (2003). *An introduction to law and economics*. Editorial Aspen 3° edición
- SPENGLER, J.O. y CONNAUGHTTON, D.P. (2003). “A quantitative approach to assessing legal outcomes in reported sport and recreation negligence cases involving assumption of risk”. *Revista Entertainment Law*. Ed. Taylor & Francis Ltd. Vol. 2, Nro. 3 pág. 114- 16.
- VELASCO, J.M (2001). *La responsabilidad extracontractual*. Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo editorial 2001.

## Impacto del fraude en el Contrato Seguro



*María Luz Hidalgo*

### **Resumen:**

Probablemente todos los ciudadanos activos económicamente hemos intervenido en alguna ocasión con el mercado asegurador. Nuestra visión suele ser meramente financiera o mercantil. Nos estamos olvidando de la importante función de desarrollo que cumplen las aseguradoras, tanto como fuente de numerosos empleos como herramienta para dar certidumbre a múltiples emprendimientos (Facal: 743). En el presente trabajo se intentará enmarcar esta actividad, en primer término, jurídicamente, definiendo sus conceptos más importantes y, posteriormente, pormenorizar sobre el delito del fraude al seguro para poder analizar específicamente su relevancia económica, jurídica, y cuál es la respuesta que desde el Derecho Penal se está dando a este ilícito y cuál es la política criminal en referencia a este tema en nuestro estado, y cuál es la visión de la comunidad de esta conducta social disvaliosa. Se partirá de la realidad de una organización pequeña desde donde se extraerán los principales indicadores de seguros que permitan habilitar la vía de investigación. Para adelantar algunos conceptos se utilizarán los indicadores de fraude que se observan en la organización para demostrar que el delito como tal no está tomado como conducta social disvaliosa y cuál es la respuesta que tiene nuestro Derecho Penal para este delito y si dicha respuesta es suficiente. (Smoliansky: 2006: 4) -. Si bien la presente ponencia se desarrolla en base a términos de delito penal no podemos dejar de considerar al seguro como uno de los principales contratos de la vida civil, de allí radica su importancia en el marco de Derecho Patrimonial Privado.

## 1.- Introducción

Este es un sector donde todo se realiza mediante un contrato, por lo tanto habrá que definir sus conceptos básicos y específicamente el contrato de seguro. Según el artículo 1 de la Ley nº 17418 habrá contrato de seguro cuando: “... *el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto.*”. De esta definición podemos extraer sus características más sobresalientes: consensual, bilateral, oneroso, nominado, aleatoria, de ejecución diferida, de estructura de negociación individual o de adhesión, bajo la modalidad de condición (Gherzi, 2007:69).

Las partes en el contrato son el tomador y el asegurador. Ambos tienen derechos y obligaciones y se verán reflejadas por escrito en el documento principal que es la póliza. También se dejará constancia del objeto asegurado, las sumas, las condiciones de contratación, las cláusulas del contrato.

Inevitablemente se debe definir también el concepto de fraude en el sector. González explica que se entiende por fraude todo engaño, acto de mala fe, abuso de confianza, dolo, trampa, farsa, impostura, etc. (González, 2004: 21). Y dicho delito está inmerso en nuestro Código Penal en el art. 174 inc 1. Su texto reza:

*Sufrirá prisión de dos a seis años: 1) el que para procurarse a sí mismo o procurare a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa.*

Por la dificultad de su comprobación e investigación es un delito que no es llevado a la justicia y está cayendo en el olvido de los tribunales. Las aseguradoras no inician acciones legales para este tipo de delitos contra su patrimonio y tampoco son penados moralmente ni tratados como graves en el conjunto de la sociedad. Hay que estar a la política criminal de cada país para saber qué delitos son los que se perseguirán o caerán en desuso. Como dice el Dr. Schiavo “para conocer un país hay que leer su Código Penal” (Schiavo, 2016).

Enunciaré las leyes más importantes que delimitan y dan su marco regulatorio a esta actividad. Las mismas son la ley 17.418, Ley de Contrato de Seguro. Luego se encuentra la ley 20091 reguladora de la actividad aseguradora y también dentro del ámbito aseguradora se encuentra la ley 22400 reguladora de la actividad de uno de los principales actores del sector como es el productor asesor de seguros.

Hay infinidad de circulares de la Superintendencia de Seguros de la Nación y directivas del Enteley. Estas últimas instituciones son organismos públicos que supervisan y deciden sobre toda la actividad del sector en el ámbito nacional. Dichas instituciones son las que más relevancia tienen en relación a la

prevención y la lucha contra el fraude. Lamentablemente solo pueden dedicarse plenamente a la tarea de la prevención, ya que no contienen grandes herramientas sancionatorias.

El fraude en este sector es tan antiguo como la actividad asegurada (González, 2004: 21). Afecta tanto a las aseguradoras como a los propios asegurados que ven un aumento en sus primas debido al intento que realizan las aseguradoras por equiparar los daños económicos que se reflejan al tener que atender siniestros fraudulentos. A simple vista se trataría de un delito que solo afecta al sector privado y que no tiene repercusión masivamente para el resto de los clientes que utilizan diariamente el seguro.

## **2.- Breve análisis del fraude en el contrato de seguro**

### **2.1.- Análisis del contrato de seguro**

Según el artículo 1 de la ley nº 17418 (Ley de Contrato de Seguro) habrá contrato de seguro cuando: "...el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto." El mismo es un contrato nominado, aleatorio, de ejecución diferidas, de negociación individual o de adhesión, bilateral, consensual, donde se encuentra por un lado el asegurado y por otro la aseguradora que es la empresa que se hará cargo del riesgo que previamente ya ha cuantificado previendo la posibilidad de su acaecimiento (Gherssi, 2007) (un auto en circulación, un posible robo, un posible choque) y cobrará por dicho servicio una prima, que es el valor que el asegurado deberá abonar mes a mes, o al iniciar la *póliza* si se ha pactado que el precio sea de contado (oneroso). Clarificando conceptos: *prima* es el precio estimado estadística, financiera y económicamente por la aseguradora, conforme a la relación riesgo- siniestro e indemnización. La prima será invariable si no cambian las condiciones del riesgo, se debe desde el mismo momento en que se celebra el contrato. El asegurador debe entregar la *póliza* (o un certificado provisorio de cobertura) y el tomador debe el precio (Gherssi, 2007: 84). Tiene íntima relación con el riesgo, ya que si disminuye aquel, también disminuirá la prima.

La *póliza* contiene las condiciones de contratación. Podrá ser semestral, anual y en raras ocasiones mensual. Se detallan con suman claridad los datos del tomador/es (asegurado/s), edad, domicilio, lugar de guarda del vehículo y domicilio de riesgo del hogar y cualquier dato que se precise para individualizar a los asegurados.

Se describen con sumo detalle los datos del riesgo con la mayor claridad y exactitud posible ya que de ello dependerá luego el reconocimiento o no en caso de siniestros. Es en este momento de la suscripción donde asume un papel importante el productor asesor de seguros (en adelante PAS) que deberá asumir

el rol de contralor y verificar que no haya falsa declaración del riesgo y reticencia

Se determina en dicha póliza inicio y fin de vigencia, y en el caso de los vehículos este documento es el requerido para poder circular ( se encuentra la tarjeta vehicular que es la que se exige obligatoriamente para poder circular y la misma se solicita cada vez que hay control de tránsito, solo el seguro de Responsabilidad Civil es obligatorio).

La redacción de las pólizas debe ser entendible y clara, sin lenguaje ambiguo ni derivar a otros cuerpos de escritura. En esto ha hecho hincapié la reforma del nuevo Código Civil y Comercial, para que la “letra chica” del seguro no sea contraria a los intereses del consumidor que no tiene las herramientas para su comprensión. Como menciona Facal, en relación a la dificultad de comprensión de las pólizas, *“es evidente que las pólizas con sus numerosas cláusulas – generalmente oscuras y poco inteligibles para alguien que no es experto en el tema – contribuyen a crear cierta suspicacia a los ojos del asegurado, aumentando el riesgo de que tanto asegurador como asegurado desconfíen de la lealtad de su contraparte y produciendo un contagio de actitudes negativas”* (Facal:746).

Los sujetos tomadores pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, siempre que se pueda identificar firmantes y responsables de los riesgos. La solidaridad en las aseguradoras hace que todo lo que suceda en torno a tomadores y empresas se vea reflejado en las primas. Dado el rasgo social del contrato el siniestro tendrá impacto en el conjunto (Gherzi, 2007). Es otra de las características que determinan que sea de vital importancia el análisis pormenorizado de los siniestros. Ya que abonar un robo que no sucedió, por ejemplo, va a repercutir en el resto de las primas que deberán soportar este costo fraudulento. Este es un delito grave y silencioso que no está ni social ni penalmente bien sancionado. Habrá que analizar si esta conducta social disvaliosa está considerada como tal por el resto de la sociedad económicamente activa que no analiza cómo este delito los puede afectar a ellos diariamente.

## ***2.2.- Breve introducción al fraude en el seguro***

El fraude en seguros se produce cuando el asegurado o un tercero beneficiario de una cobertura provoca intencionalmente o aumenta un daño sobre un siniestro con el fin de obtener un enriquecimiento ilícito. La mala fe se encuentra en la base de este concepto tendiente a defraudar y engañar a la aseguradora para obtener un beneficio propio o para un tercero. El concepto de cooperación y buena fe entre los contratantes es fundamental en este contrato.

El fraude comprende todas las acciones que realizan los asegurados para obtener un beneficio que no les corresponde y también desde las compañías aseguradoras o sus mediadores para ayudar a sus clientes (los PAS por ejemplo que conscientemente colaboran con la producción del hecho).

El fraude no solo perjudica a las aseguradoras ya que dado su rasgo social, todos los siniestros se van a ver reflejados en las primas, perjudicando a quien cometió alguna vez un fraude como al que no lo ha cometido nunca. Las aseguradoras ven cómo se incrementan sus costos y esfuerzos para poder evitar y combatir y en otros casos investigar actividades fraudulentas (Noguera, 2013). Es un delito silencioso que ha caído en el olvido de abogados y jueces que en raras ocasiones tienen en sus manos una acción para perseguir al delincuente de guante blanco. Al dejar de ser visto como una conducta socialmente disvaliosa el delito ha perdido relevancia, no es perseguido correctamente y el Código Penal solo le dedica un artículo.

El fraude como acción dolosa o culposa puede realizarse de dos maneras: por acción (realizando efectivamente un hecho doloso, como puede ser un incendio) o por omisión (no informando u ocultando o no haciendo lo que estuviera a su alcance para menguar el daño, como por ejemplo en un caso de incendio donde la cobertura es de casco sobre el total, pudiendo apagar el fuego no lo hace).

Dado que es muy difícil probar estos hechos hay que estar a los indicios, presunciones y todo tipo de evidencias. Y es aquí donde los indicadores de fraude son indispensables para poder visualizar, individualizar y perseguir el delito, o al menos interpretar qué se está haciendo a nivel justicia para atacar el ilícito.

Se habla de fraude interno y externo. Los primeros son aquellos perpetrados contra una aseguradora o sus asegurados por agentes, administradores o empleados. Son llevados a cabo mediante hurto de información privilegiada, relaciones de los PAS con los asegurados que coadyuvan a cometer el ilícito, es decir que hay colaboración expresa desde los PAS para poder tergiversar los hechos y las coberturas. Los fraudes externos son perpetrados por personas ajenas a las compañías que colaboran de manera directa con los asegurados, por ejemplo presupuestando costos de reparación elevados, provocando incendios, falseando el uso de la propiedad asegurada.

Las empresas aseguradoras no iniciarán las acciones legales correspondientes en caso de sospechas a menos que tengan pruebas concluyentes del fraude, dado que de otra manera perjudicarían su imagen social. Son las aseguradoras las que buscan una solución aparente a este problema por medio de los costos de las primas. Sin darse cuenta que en realidad están beneficiando al hecho de que este delito no se persiga.

Y este problema que en apariencia es social termina por perjudicar a la justicia globalmente que no puede perseguir o condenar correctamente estos delitos. El ilícito no está penado socialmente, motivo lo cual no es perseguido penalmente tampoco. El costo beneficio que tiene una acción judicial en estos casos es insignificante, inclusive para el estafador que privilegia el beneficio económico a riesgo de sufrir una acción penal.

La amplia competencia en el mercado desde hace algunos años hace que se tramiten pólizas con mayor celeridad, se analicen menos los bienes asegurados y se liquiden y cierren los siniestros con una velocidad que no permite su correcta investigación.

La escasa condena social que tiene este tipo de ilícitos permite que el asegurado se vea tentado a correr el riesgo de cometer estos hechos. Las aseguradoras son percibidas como empresas grandes y poderosas, capaces de solventar un siniestro fraudulento de tanto en cuanto, y el cliente siente que la compañía debe responder por estos hechos ya que nunca antes ha tenido siniestros y paga regularmente su cuota. Sería una manera de recuperar el dinero por tantos años de cumplimiento.

### **3.- Tratamiento del fraude en el seguro en el Código Penal**

El Capítulo IV del Título VI del Código Penal agrupa una variada gama de figuras delictivas bajo una denominación común “Estafas y otras defraudaciones”. Y dentro de esas defraudaciones se encuentra la estafa y el fraude al seguro (Buompadre, 2009:117).

Una nota distintiva es que las figuras que allí se encuentran conllevan un perjuicio patrimonial o lesión al patrimonio ajeno. Será el requisito para que nos encontremos frente a un delito estafa o defraudación (Buompadre, 2009: 117).

El Código Penal argentino ejemplifica las formas posibles de comisión e incorpora en la última frase del art. 172 “o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño” que lo convierte en un tipo penal abierto o *numerus apertus* (Buompadre, 2009: 118).

En este caso importa el tipo de estafa como figura básica que se encuentra en el artículo 172 del CP y el artículo 174 inc 1 que se refiere específicamente a la estafa al seguro.

La estafa al seguro aparece tipificada en el art. 174 inc 1 del Código Penal, dentro de los delitos contra la propiedad. El mismo reza: *Sufrirá prisión de dos a seis años: 1) el que para procurarse a sí mismo o procurare a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa* (este último concepto cayó en desuso).

La doctrina actual considera que el bien jurídicamente protegido es la propiedad y como dice Bosch “*la propiedad penalmente protegida está constituida por una relación jurídica particular que media entre la persona y un objeto apreciable pecuniariamente, en virtud de la cual aquella puede invocar*

*una pertenencia particular respecto al objeto. Así quedan comprendidos las cosas, los derechos reales, los derechos personales, los créditos y los derechos en expectativa reconocidos legalmente”* (Bosch, 1995: 31).

También como explica Bosch, este delito afecta directamente al patrimonio del asegurador pero prolonga sus efectos indirectamente al universo de los asegurados, pues al modificarse artificialmente los índices de siniestralidad, se altera la estadística sobre la cual se calcula la base del riesgo asegurado y se opera un aumento de las primas o se reducen algunos beneficios (Bosch, 1995: 34).

Este tipo penal se estudia dentro del Derecho Penal Económico. Si bien tiene autonomía académica, no tiene autonomía científica ni legislativa, motivo por lo cual sus leyes se encuentran dispersas en el Código Penal y se tratará subsidiariamente. Es sancionatorio, finalista y fragmentario (es un sistema discontinuo de ilicitudes y sus silencios son esferas de libertad) (Balcarce, 2003: 78). Desde un criterio amplio el DPE se caracteriza por incluir infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que trascienden la dimensión puramente individual (Balcarce, 2003: 28).

Sumamente importante es el momento de la consumación y para la Dra. Smoliansky el delito se consuma cuando se produce el resultado lesivo y el perjuicio patrimonial se configura cuando el asegurador toma conocimiento del siniestro, porque le hace incrementar sus reservas. Más aun lo perjudica cuando haya indemnizado o abonado la suma asegurada. Debido a que las aseguradoras deben tener en su estado contable el estado de los siniestros pendientes (donde el asegurador carga los siniestros de los que haya tomado conocimiento, sea que se encuentren en etapa de análisis según su sistema de control administrativo interno, o bien aquellos que derivaron en juicios o mediaciones), liquidados a pagar (se informa lo que la aseguradora debe abonar), informados ineficazmente (tienden a proteger la solvencia frente a responsabilidades no previstas por no ser conocidas y que se calculan sobre la experiencia siniestral del asegurador), debiendo figurar en sus pasivos una reserva para cubrir dichos gastos. La reserva se debe constituir en el momento del conocimiento del siniestro, aun cuando no haya reclamo alguno en ese momento (Smoliansky Cora, 2006:11).

Se ha dicho que *“siendo éste el pasivo más importante de los aseguradores, su deficiente registro lleva a aparentar una falsa solvencia y una virtual incapacidad para cumplir con sus obligaciones futuras”* (Facal:752). Para Núñez también la estafa se consuma en el momento en que se opera el perjuicio patrimonial. No requiere como elemento esencial el provecho patrimonial del autor o de un tercero. Y admite la tentativa (Núñez, 2009: 309).

En el ámbito de los fraudes a los seguros, el reclamo ante la compañía constituirá el comienzo de ejecución típico de la tentativa de estafa, y el pago de

la indemnización consumará el delito (Bosch, 1995).

#### 4.- Conclusiones finales

Podemos observar que en la vida económica de un país un importante porcentaje lo constituye el mercado asegurador, basta con mencionar que en el PBI representa un 3%<sup>58</sup>. Todos los ciudadanos en su vida activa económica han contratado un seguro, ya sea por la obligatoriedad en la circulación vehicular o por la simple tranquilidad de adquirir un seguro de combinado familiar. Y pienso que no voy a cometer una inexactitud al decir que una gran parte de aquellos contratantes se han visto tentados a cometer un fraude durante la vigencia de su contrato.

Considero que el delito como tal no está valorado como una conducta social disvaliosa y que la respuesta que el Derecho Penal tienen para este delito no es suficiente. Como menciona Facal, si hubiera una valoración positiva de las aseguradoras y de la función que cumplen, la condena social del fraude sería más intensa y facilitaría su combate, siendo un negocio que se basa en la confianza mutua, una conducta ética de ambas partes contribuiría a su expansión (Facal: 744).

Si bien considero que el frente de ataque de las aseguradoras no está bien explotado, coincido con todos los doctrinarios y especialistas del tema que justifican esta ausencia de herramientas de prevención por una cuestión económica. Es comprobable, notorio y aparentemente a la luz de las aseguradoras, eficaz, el aumento de primas como solución a este delito. Sabido es que ante la falta de accionar de las aseguradoras para prevenir se efectúa un aumento en los costos de los seguros para equiparar el fraude que permanentemente sufren.

Los propios productores asesores de seguros son conscientes de que las primas están sobredimensionadas para poder equilibrar la pérdida por estos ilícitos. Las soluciones internas que frecuentemente se esbozan son en principio la creación de estadísticas, prácticamente ausente es en la actualidad, la confección de una historia siniestral de los asegurados que permite un entrecruzamiento de datos entre todas las compañías, y también la automatización de los controles a fin de poder identificar a ocasionales defraudadores o una particular organización delictiva.

Son innumerables la cantidad de congresos, resoluciones, normativa interna, y demás estrategias preventivas que se ponen en marcha, pero que evidentemente no dan los frutos que se esperan cosechar.

Ahora bien, si éste es un delito que afecta tanto a aseguradoras como a

---

<sup>58</sup> Recuperado de <https://www.gruposancorsegueros.com/ar/es/novedades/seguro-parametro-desarrollo?AspxAutoDetectCookieSupport=1> 15/03/2016

particulares, ¿por qué es prácticamente nula la presencia de denuncias penales de estos ilícitos? Es aquí donde trato de responderme si el Derecho Penal es la herramienta para este delito y si como sociedad le estamos dando prioridad a otros ilícitos sin ver la real magnitud de lo que estas estafas, en principio pequeñas, generan anualmente.

No nos podemos quedar con el tipo penal sistematizado en un Código si esa figura no nos va a servir a los fines de la prevención general positiva, que entiendo es lo que se apunta con esa figura. Asumo que ningún estafador de estos ilícitos aparentemente menores desee ir a la cárcel por un simple auto robo de neumáticos, pero también intuyo que estos ilícitos se siguen perpetrando por la ineficacia del Derecho Penal en esta área.

Igualmente, no puedo dejar de mencionar que estos ilícitos están también siendo ignorados por aquéllas que en principio serían las afectadas y también por aquélla víctimas indirectas que día a día sufren sus consecuencias sin siquiera saberlo, me estoy refiriendo a todos los contratantes.

Es impensado sostener la utopía de seguridad jurídica cuando las personas diariamente festejan como un éxito haber logrado el fraude a la aseguradora sin siquiera sospechar que es una actividad criminal que en el corto plazo les va a repercutir en sus propias pólizas.

## **Bibliografía**

- BACIGALUPO, M. B. (2001). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudio Ramón Areces.
- BALCARCE, F. I. (2003). *Derecho Penal Económico*. Córdoba: Mediterranea.
- BARBATO, N. (1994). *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*. Avellaneda: Hammurabi.
- BOSCH, F. (1995). *El delito de estafa de seguro*. 2 Ed. Avellaneda: Hammurabi.
- BUOMPADRE, J. E. (2009). *Tratado de Derecho Penal Parte especial*. 3 Ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.
- DELLEPIANE, G. A. (2008). *Responsabilidad civil del asegurador*. Valentín Alsina: Nova Tesis.
- FACAL, C. J. (s.f.). *Los desafíos éticos de los aseguradores. Dossier. El fraude y el derecho de seguros*, 743-749.
- GHERSI, C. A. (2007). *Contrato de seguro*. Buenos Aires: Astrea.
- GONZÁLEZ, O. (2004). *Investigación de fraude en siniestros de seguros*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- GONZÁLEZ, O. (2007). *Crónicas de investigación de siniestros de seguros*.

- Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- GRECO, O. (2004). *Diccionario de seguros*. Buenos Aires: Valletta Ediciones.
- GUTIERREZ, M. A. (1998). *Modelos econométricos para la obtención del fraude en el mercado automotor*. Barcelona, España.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA, Lucio Pilar (2006). *Metodología de la investigación*, 5 Ed. México: Mc Graw Hill.
- LAMAS, M. (2009). *Asesores Seguros Intermediación de seguros en Argentina*. Buenos Aires: Dunken.
- LASCANO (h), C. J. (2005). *Derecho penal Parte General*. Córdoba: Advocatus.
- LAULETTA, F. (2007). *Tratado del profesional del seguro*. Buenos Aires: Bu-yatti.
- MECCA, R. (2009). *Manual de profesional del PAS, guía para la profesión*. Caseros: Juris.
- MERINO, J. M. (1988). *La estafa de Seguro*. Madrid: Montecorvo.
- MERLINO, M. A. Aldo (2009). *La entrevista en profundidad como técnica de producción discursiva. Investigación cualitativa en Ciencias Sociales*. Buenos Aires: CENGAGE LEARNING.
- NOGUERA, R. (2013). Ramos & Noguera Corredoria d'assegurances. Recuperado el 22 de Noviembre de 2015, de <http://ramos-noguera.com/es/blog/el-fraude-nos-perjudica-todos>
- NÚÑEZ, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*. Córdoba: Lerner Editora SRL.
- OYARZABAL, M. J. (1998). *El contrato de seguro multinacional*. Avellaneda: Abaco de Rodolfo Depalma.
- PIEDRE CASAS, M. A. (1999). *Régimen Legal del seguro*. Santa Fe: Editorial Rubinzal- Culzoni.
- ROXIN, C. (2000). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi SRL.
- SCHIAVO Carlos, E. B. (2006). *Contrato de Seguro y Agravación del daño*. Buenos Aires: Hammurabi - Jose Luis De Palma Editor.
- SCHIAVO Carlos Alberto, M. E. (2007). *Seguros. Leyes 17418 de Seguro y Ley 22400 de Productores Asesores de Seguros. Comentario y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- SCHIAVO, C. A. (2012). "El fraude y el derecho de seguros. El fraude en la acti-

vidad aseguradora. Algunas conductas disvaliosas en el fraude corporativo”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 757 - 770.

SMOLIANSKI, C. (2012). “El fraude y el derecho de seguros. Una visión actual el fraude en el sector seguros. Posible Reforma Normativa. Tipos penales específicos”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 771 - 787.

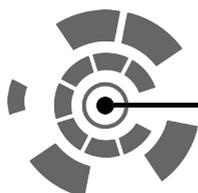
SMOLIANSKY, C. F. (2006). “Reflexiones sobre distintos fraudes en el marco del negocio del seguro”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 1690-1701.

SMOLIANSKY Cora, D. R. (2006). Congreso Nacional de PAS 2006. Ponencia: El fraude en la actividad aseguradora. Argentina.

STIGLITZ, R. S. (1998). *Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.



## *El acceso a la vivienda y el contrato de locación*



*Ezequiel Valicenti*

(UniCen)

### **Resumen:**

La ponencia aborda el problema que implican la vigencia del derecho al acceso a la vivienda en el marco del contrato de locación con destino habitacional. El problema se enmarca en la denominada “constitucionalización del derecho privado” y en la doctrina del “Drittwirkung”, según la cual los derechos fundamentales son exigibles en las relaciones entre particulares. Se intenta demostrar que la eficacia del derecho fundamental al acceso a la vivienda en el Derecho privado implica una resignificación de la protección del locatario, incluido el potencial inquilino que intenta acceder a un contrato de locación para satisfacer la necesidad habitacional. En particular, se analizan los efectos sobre tres aspectos: a) la discriminación de la persona interesada en celebrar el contrato de locación ofrecido; b) la generación de “situaciones jurídicas abusivas” a partir de la conexidad entre el contrato propuesto y otros negocios jurídicos, como las garantías exigidas o la retribución de los intermediarios que intervienen en la celebración; c) la protección del inquilino en los procesos de desalojo, especialmente respecto a los sujetos más vulnerables (niñas y niños, ancianos, personas con discapacidad, etc.).

### **1.- Introducción. Derechos fundamentales y relaciones de Derecho Privado**

El presente trabajo se inscribe en un interrogante basto que hace referencia a cuáles son las tareas actuales del derecho privado (Alpa, 2008:1208) y, especialmente, cuáles son sus funciones frente al progresivo desarrollo de los llamados “derechos fundamentales”. Desde hace varios años la doctrina argentina viene refiriendo al proceso de constitucionalización del derecho privado, formula que parece tener en la actualidad un sentido diferente al que original-

mente pudo tener. Esto probablemente implique la gran transformación del derecho privado en la posmodernidad, un Derecho Privado que debe resignificar sus fundamentos y revisar sus soluciones jurídicas para compatibilizarlas con principios tradicionalmente propios del Derecho Constitucional o de los Derechos Humanos.

En este frondoso escenario, no son pocos los estudios que han abordado los interrogantes generales (Lorenzetti, 1994; Mosset Iturraspe, 2011; Alfaro Aguila-Real, 1993; Strack, 2002; Ferrajoli, 2001). También se encuentran desarrollos previos en ciertas materias en las que la interpenetración de reglas y principios entre los derechos humanos y el Derecho Privado es más fácilmente percibida, principalmente en el derecho extrapatrimonial de la persona y la familia. Parece que las mayores dificultades para pensar el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado, y las exigencias de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se encuentran en los institutos del Derecho Privado patrimonial. Es que las nuevas razones, las reglas y los principios, cuando tratan de proyectarse en relaciones contractuales o en la configuración del dominio y otras relaciones sobre los bienes, tocan una fibra muy sensible del sistema de Derecho Privado, cuál es el derecho de propiedad y su dinamizador liberal, la autonomía privada. Por ello, la fuerza normativa de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos, aún cuándo ya no resulta controvertida en el plano formal (merced a la propia asunción que el derecho privado ha hecho de esta realidad en los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial), presenta enormes dificultades al momento de ser proyectada en institutos o reglas particulares. Con todo, no pueden desconocerse los importantes desarrollos que se han producido en el ámbito del Derecho del consumidor, en el que han ingresado decididamente soluciones jurídicas destinadas a proteger al contratante o usuario en su calidad de persona. Estas soluciones microsistémicas, pueden igualmente pensarse –con los bemoles del caso– para las relaciones contractuales en general (De Lorenzo, 2011; Frustagli, 2010).

Este trabajo pretende inscribirse en esta última línea de desarrollo, al indagar los efectos concretos que la vigencia de principios y reglas de derechos fundamentales proyectan sobre el contrato de locación con destino habitacional –particularmente, el derecho al acceso a la vivienda adecuada–.

## **2.- El acceso a la vivienda en el marco del contrato**

### ***2.1.- El derecho a la vivienda adecuada***

En palabras del Relator Especial de la ONU en materia de vivienda adecuada, *“el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a tener y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y con dignidad”*. El derecho a la vivienda tiene holgado

fundamento normativo: aparece reconocido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y, con igual rango de jerarquía suprema por vía del art. 75 incs. 22, en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros instrumentos internacionales.

Los alcances del derecho a la vivienda adecuada han sido establecidos paulatinamente por diversos organismos del Derecho internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante, Comité DESC) ha dicho, en la Opinión General 4 de 1991, que el derecho a la vivienda adecuada involucra una serie de elementos que deben ser tenidos en cuenta en su definición, tales como: a) *la seguridad jurídica de la tenencia*, noción que involucra diferentes mecanismos o formas jurídicas, entre las que el mismo Comité DESC menciona el alquiler; b) *la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura*; c) *gastos soportables*, noción que para el Comité involucra la protección de los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres; d) *habitabilidad*; e) *asequibilidad*, aspecto que –en lo que aquí nos interesa– implica el deber de conceder a los grupos desaventajados un acceso pleno y sostenible para conseguir una vivienda; f) *lugar*; g) *adecuación cultural*.

De las cualidades básicas que destaca el Comité DESC hay varias que impactan directamente en el Derecho Privado y desbordan la sola responsabilidad del Estado de proveer una vivienda a cada habitante –conceptualización superficial del problema–. Es decir, el problema de la protección del locatario en el contrato de locación es un problema de Derecho Privado pero también de derechos humanos puesto que involucra el acceso a la vivienda. De allí que corresponde volver a pensar cuestiones como la celebración del contrato –principalmente la selección del contratante–, el contenido del contrato e inclusive el desalojo, incluido el caso de desahucio por falta de pago.

## **2.2.- Tutela de la vivienda en el derecho privado**

La protección de la vivienda adecuada se canaliza en el Derecho Privado mediante diferentes mecanismos. Tradicionalmente el Derecho Privado ha otorgado protección al *propietario* lo que, en términos del acceso a la vivienda, constituye una de las formas con las que el Estado genera *seguridad jurídica de la tenencia*. Si bien la protección es loable, vale realizar dos disquisiciones. La primera obedece a los verdaderos fundamentos de la protección. La propiedad privada es uno de los pilares del programa jurídico de la modernidad y del liberalismo político y económico, y por lo tanto las normas de Derecho Privado que protegen al propietario tienen origen en ideas diferentes a las que inspiran el derecho a la vivienda adecuada. Por otro lado, tal como lo ha destacado la

Relatora Especial de la ONU sobre vivienda adecuada, el curso de la historia muestra una primacía de la propiedad privada como mecanismo de desarrollo de aquel derecho fundamental, a partir de lo cual “*la mayoría de los países optaron por promover los mercados inmobiliarios y la propiedad privada, privatizando los programas de viviendas sociales y desregulando los mercados de crédito inmobiliario*” (Rolnik, 2012:9).

Más allá de la protección genérica de la propiedad privada –que asegura el derecho a sus titulares– el Derecho Privado ha previsto además una tutela diferenciada, como respuesta a la vulnerabilidad especial del *propietario* de una vivienda única que destina a la habitación familiar. Dicha protección se ha canalizado tradicionalmente mediante el régimen del “bien de familia” iniciado con la ley 14.394. La sanción del Código Civil y Comercial ha potenciado esta protección del “inmueble destinado a vivienda” (arts. 244 a 256, Código Civil y Comercial; Cao, 2015). Además, el Código incorpora la protección de la mujer y los menores en el momento de la atribución de la vivienda familiar como producto de una separación, situación de vulnerabilidad también advertida por los organismos internacionales (art.243, Cód. cit.).

### **2.3.- La vivienda en el Derecho de los contratos**

Lo dicho respecto a la tutela del propietario vulnerable no presenta grandes dificultades puesto que la evolución se ha desarrollado dentro de las bases filosóficas del Derecho Privado e inclusive constituye una ratificación del paradigma liberal que sostiene la propiedad privada como constitutiva de la persona. Las dificultades se presentan en el marco del contrato pues, como veremos, la mayor protección del locatario –quien, mediante el contrato abastece su derecho fundamental de acceso a la vivienda adecuada– colisiona con la posición jurídica del propietario-locador. El problema presenta actualidad, pues como ha señalado el Programa ONU-Habitat, “*los convenios de arrendamiento y los contratos de compraventa entre particulares satisfacen una proporción importante de las necesidades en materia de vivienda*” (2010, 39).

La particularidad adicional del derecho fundamental que abordamos es que es clasificado como uno de los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien el pleno desarrollo de este grupo de derechos ha debido superar escollos iniciales, a partir de calificarlos como “derechos programáticos” –al considerar que las normas que los consagraban se parecían más a una expresión de deseos que a verdaderos derechos– o al vedar la plena judicialización –bajo el argumento de que ello podía implicar una indebida intromisión de los jueces en materias reservadas a la administración del poder ejecutivo–, lo cierto es que en la actualidad ya no se duda de la plena operatividad de las normas que consagran derechos económicos, sociales y culturales, como así tampoco son atendibles los argumentos que impiden la plena justiciabilidad de los mismos (Abramovich y

Courtis, 2002).

Ante los avances en materia de derechos económicos, sociales y culturales, constituye un enorme desafío para el Derecho Privado y, particularmente para el Derecho Privado patrimonial, dar ingreso en sus soluciones a las exigencias provenientes de aquellos derechos humanos (Caramelo Díaz, 2011). Arribar a esta conclusión es posible si se reconoce la plena efectividad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. La tesis de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a los particulares, denominada *Drittwirkung*, se remonta al año 1954 y en sus inicios comprendía, principalmente, el derecho a no ser discriminado y la libertad de expresión (Alfaro Aguila-Real, 1993:59). En palabras nacionales, se sostiene que la “fuerza normativa” de la Constitución alcanza no sólo a los órganos estatales sino también a los particulares (Bidart Campos, 2004:150). Es decir, la vigencia horizontal de los derechos humanos es justamente el efecto más importante de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado.

En este marco, la pregunta que inspira estas reflexiones se resume a ¿cómo habrá de reconfigurarse la autonomía de la voluntad frente a la necesidad de permitir el desarrollo del acceso a la vivienda, en particular, en el marco de la locación de inmuebles? Claro que –desde ya vale explicitarlo– no podría afectarse completamente la autonomía privada y obligar a la celebración compulsiva de un contrato de locación bajo el pretexto de cubrir la necesidad de acceder a una vivienda por parte del pretense inquilino. Sin embargo, también deben descartarse las soluciones opuestas que otorgan casi absoluta primacía a los derechos del propietario (en este sentido, Borda, 2017; Leiva Fernández, 2017).

En líneas generales, puede decirse que existen razones iusfundamentales suficientes para sostener que existe una norma –de derecho fundamental– que obliga a proteger al inquilino *en el marco del contrato*. Es decir, sin perjuicio de otras posibles formas de proteger el acceso y goce a una vivienda adecuada, lo cierto es que la protección contractual del locatario es una vía de las que dispone el Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales. Es decir, uno de los deberes prestacionales del Estado consiste en disponer de una legislación adecuada a los derechos que debe amparar (art. 2, CADH). De allí que, una regulación diferenciada del contrato de locación con destino habitacional en beneficio del locatario no puede ser vista, *prima facie*, como lesiva de los derechos del locador-propietario, sino como un desarrollo de las exigencias provenientes del derecho humano a la vivienda.

En aduno a esta tesis, puede citarse la opinión de los organismos internacionales, sede en la que se ha dicho que como parte de las obligación de proteger “*los Estados deben adoptar legislación u otras medidas para cerciorarse de que los actores privados -verbigracia los propietarios de viviendas, los promotores inmobiliarios (...)- cumplan las normas de derechos humanos relativas*

*al derecho a una vivienda adecuada (...), deben, por ejemplo, reglamentar los mercados de vivienda y los arrendamientos de manera de promover y proteger el acceso a una vivienda adecuada” (ONU-Hábitat, 2010:35).*

Por lo tanto, la protección del locatario –que ya viene siendo desarrollada por el Derecho Privado– encuentra así una resignificación y, en consecuencia, se genera espacio para pensar nuevas soluciones jurídicas tutelares.

### **3.- El locatario como sujeto protegido. El contrato de locación con destino habitacional**

#### ***3.1.- De la protección del propietario a la protección del locatario***

Se ha señalado que, en materia de locación, se ha transitado de la protección del propietario-locador a la protección del locatario (Lorenzetti, 2000:316). En nuestro país esta protección ha corrido por carriles diferentes a lo largo de la historia.

En una primera etapa la protección se canalizó mediante leyes de emergencia, que intervenían directamente en el contenido del contrato, especialmente en elementos esenciales como el precio y el plazo, congelando el primero y prorrogando el segundo (conf. dec. 1580/43, y ley 13.581, reiteradamente prorrogada). La necesidad de matizar el dogma de la autonomía privada originó el primer precedente de la Corte Suprema, justamente en materia de locación, en el caso “Ercolano”<sup>59</sup>.

La legislación de emergencia en materia locativa finalizó con la ley 21.342 de 1976. Sin embargo, lejos se estaba de resolver el problema habitacional, uno de los déficits estructurales de la posmodernidad. Por ello, en 1984 se dictó la ley 23.091 mediante la cual se implementó un régimen especial para el contrato de locación con destino habitacional, a partir de la consagración de un sistema integral de normas tuitivas que alteraban la regulación típica del Código Civil. Sin embargo, a diferencia de los largos años de intervención de emergencia, el nuevo sistema se preocupó por equilibrar intereses: a la vez que protegía a los locatarios, aseguraba que la intervención –de alguna manera, moderada– no alterar el normal desarrollo del “mercado” inmobiliario (Hernández y Frustagli, 2009:298). Ley 23.091 fue derogada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial, pero la mayoría de sus reglas han sido incorporadas directamente en la regulación del contrato de locación que desarrolla el mencionado Código.

Finalmente, en la última etapa de esta progresión, la protección del locatario se vio robustecida con la incorporación de las reglas tuitivas del consumidor. Si bien la ley 24.240 en su texto original no enumeró expresamente la locación de inmuebles en su art. 1 –y por lo tanto quedaba excluido del ámbito objetivo de aplicación–, con la ampliación del concepto de consumidor produci-

<sup>59</sup> CSJN, “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta”, en 28/04/22, en *Fallos* 136:170.

do por la reforma de implementada por ley 26.361 no caben dudas que la locación con destino habitacional puede un contrato de consumo (Calderón y Márquez, 2004:293; Hernández y Frustagli, 2009:299). Esta línea de pensamiento es continuada con la incorporación del contrato de consumo como fragmentación del tipo contractual en el Código Civil y Comercial (Di Chiazza, 2016:233). Es decir, se produce una acumulación de tutelas diferenciadas lo que exige, como veremos, la identificación de las normas mediante mecanismos propios del diálogo de fuentes.

### **3.2.- El funcionamiento de las normas: diálogo de fuentes y protecciones acumuladas**

En el escenario actual, el estatuto protectorio del locatario debe reconstruirse a partir de la identificación de normas ubicadas en diferentes instrumentos normativos. En este sentido, resulta útil recurrir a una tecnología jurídica cuyo uso ha comenzado a difundirse entre nosotros en el último tiempo, el *dialogo de fuentes*. El mecanismo surge como consecuencia de la proliferación de fuentes, tanto en lo *cualitativo* (al rol del Código, en tanto ley general de jerarquía infra constitucional, se suman nuevas leyes que abordan cuestiones específicas, tratados internacionales, resoluciones de organismos internacionales, etc.) como en lo *cuantitativo* (aumenta la cantidad de textos normativos con los que debe trabajar el operador jurídico). En este contexto, la manipulación de fuentes del derecho no puede realizarse satisfactoriamente con las viejas reglas de solución de conflictos o antinomias de normas, sino que se requiere una *coordinación de fuentes*. El *monologo de fuentes* (una única norma resuelve el caso) se reemplaza entonces por un *diálogo de fuentes*, que permite la aplicación simultánea, coherente y coordinada de varios textos normativos convergentes (Lima Marques, 2015:147).

Si observamos detenidamente el ordenamiento jurídico actual encontramos normas protectorias del locatario de diferentes procedencias:

- a) *normas sistémicas provenientes de la teoría general del contrato*: en particular, las normas que protegen la posición del adherente en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas –modalidad usual en materia de contratos de locación– (arts. 984 a 989, CCC) y las reglas de la conexidad contractual (art. 1073 a 1075), dispositivos que utilizaremos en la segunda parte de este trabajo.
- b) *las reglas provenientes de las normas generales del contrato de locación*: la tutela del locatario, cualquiera sea el destino de la locación, está dada por reglas tradicionales sobre plazo mínimo (art. 1198), resolución anticipada (art. 1221) y acción directa del sublocatario frente al locador (art. 1216).

- c) *las reglas específicas de la locación con destino habitacional*: el Código denomina al art. 1196 “locación habitacional” y dispone tres incisos directamente destinados a proteger al locatario mediante la limitación de los alquileres anticipados y en garantía, y la prohibición de requerir el valor llave. Pero además, otras normas tienen la misma finalidad, por caso aquellas que aseguran la posibilidad de continuar el contrato por quien habite el inmueble y tenga ostensible trato familiar con el locatario que fallece o abandona el lugar (art. 1190), y la que determina la nulidad de la cláusula por la que se niega el acceso a personas incapaces o con capacidad restringida (art. 1195).
- d) *normas microsistémicas provenientes del microsistema de defensa del consumidor*: en rigor, la introducción de normas microsistémicas comportan en el nuevo Código una fragmentación, lo que implica una modificación profunda en distintos aspectos que van desde la publicidad y la oferta, al control de las cláusulas, incluyendo las normas especiales sobre deber de seguridad y tutela del trato digno.

En este panorama, la intención de este trabajo es demostrar que a este complejo escenario plurinormativo es posible sumar una perspectiva que enriquece y que da fundamento general a la protección del locatario: la tutela proveniente de los derechos humanos y, más precisamente, del derecho a la vivienda adecuada. Con este propósito, analizaré a continuación algunos supuestos puntuales en los que es posible advertir la riqueza de esta nueva perspectiva.

#### **4.- Algunas situaciones puntuales**

##### **4.1 ¿Anulación, sacrificio o coordinación de derechos?**

Antes de analizar los problemas seleccionados, y teniendo en cuenta que muchas de las soluciones representan sacrificios para los derechos individuales del propietario-locador, he de remarcar una idea para evitar lecturas erróneas. Resulta claro que no es el particular quien debe resolver el déficit habitacional<sup>60</sup>. Es el Estado el garante de este derecho y a él le cabe, con el máximo de los recursos disponibles, asegurar el derecho a una vivienda adecuada a cada ciudadano.

Por ello, los debates que analizaremos –que involucran soluciones de alguna manera ya vigentes– no deben ser vistas como una *anulación* de los derechos individuales del propietario-locador, sino como una *coordinación* entre sus facultades y la tutela especial del locatario –la que es de orden público y se funda

<sup>60</sup> En este sentido, la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Civil y Comercial, en el marco de una acción reivindicatoria, afirmó: “*el derecho humano a la vivienda cuya concreción reclama el casacionista, se debe invocar ante el Estado, que es el legitimado pasivo en tanto es el responsable de garantizar su cumplimiento, y no ante otro particular, tal como lo pretende su parte*” (ST Santiago del Estero, “E, G.M y otros c. D.S.”, del 13/11/2017, en *La Ley Online*, cita: AR/JUR/23146/2017).

en razones convergentes (provenientes de los Derechos Humanos, de la protección del consumidor y del mismo Derecho de los contratos) –. Es que, como ha sido dicho entre nosotros, “*quienes contratan en materia de vivienda deben saber que operan sobre materia constitucional sensible y que ello reduce su límite de autonomía*” (Caramelo Díaz, 2001:1). La incidencia del contrato de locación habitacional en el desarrollo social es destacada. Por ello, las reglas jurídicas no pueden ser, sin más, un mero auxilio de la irrestricta autonomía privada.

En este panorama se detectan problemas particulares, referidos a tres momentos importantes: a) la celebración del contrato y, particularmente, la “selección” del locatario; b) las exigencias conexas a la celebración vinculadas a las garantías y a la retribución del intermediario interviniente en la celebración; c) el desalojo, especialmente cuando existen grupos vulnerables involucrados.

#### **4.1.- *Tratativas previas, acceso al contrato y discriminación***

El tiempo de las tratativas que anteceden a la celebración del contrato se desarrolla bajo el amparo de la libertad de contratación, únicamente limitada por las exigencias derivadas de la buena fe (arts. 990 y 991, Cód. Civ. y Com.). La selección de futuro contratante es una de las facultades normalmente amparadas por la autonomía privada y constituye pieza fundamental de la libertad *de* contratar.

A esta defensa tradicional de la libertad de contratación se opone un problema común de la sociedad contemporánea: el *acceso* al contrato, que es en realidad el acceso a ciertos bienes básicos. Se trata de un problema típico del contrato de consumo y por ello el régimen microsistémico ha avanzado de diferentes maneras al regular la publicidad, la oferta y los tratos dados al futuro consumidor, aún antes de la celebración del contrato y por la sola razón de estar “expuestos” a una eventual relación (art. 1092 y sigs., Cód. Civ y Com.; arts. 5, 7, 8 y 8 bis, LDC). En este marco, el acceso a la vivienda constituye también un problema que debería ser abordado por el derecho contractual.

Justamente, un problema usual del mercado inmobiliario es la dificultad de acceder al contrato. Las causas son múltiples y van desde la carencia de recursos materiales para afrontar el costo inicial (compuesto por la suma de alquileres anticipados, sumas dadas en garantías, honorarios debidos al corredor interviniente y gastos de instrumentación), hasta la imposibilidad de abastecer las garantías personales exigidas. Aún así, las dificultades en el acceso no son sólo de tipo económico, sino que en algunas ocasiones obedecen a la “selección” del inquilino que realiza el locador o, en su lugar, el corredor interviniente.

Así, se recuerda un caso paradigmático en la jurisprudencia en el que se demostró que la propietaria de un inmueble ofertado en locación, luego de conocer a los futuros inquilinos que habían efectuado una “reserva de locación”,

se negó a celebrarlo pues aquellos profesaban la religión judía. La conducta fue considerada discriminatoria y se obligó al resarcimiento de los daños provocados<sup>61</sup>.

El problema que se plantea es el de los límites de la discreción que tiene el propietario para seleccionar el locatario cuando ofrece su bien en el mercado inmobiliario, por ejemplo, encomendando la celebración del contrato a un corredor. Como sostiene Aguilera Rull (2009) la configuración de la discriminación en el acceso a la vivienda mediante un contrato (de locación) resulta materia discutida y difícil. Es que, a diferencia de otros contratos de consumo en los que es indiferente la persona del cocontratante –pues se trata de un mercado masificado y despersonalizado–, en el contrato de locación la determinación del locatario no le es indiferente al locador. Se trata de un contrato en el que la confianza en el cocontratante resulta relevante<sup>62</sup>.

A mi modo de ver, el ejercicio de la libertad contractual no autoriza a discriminar. La autonomía privada se ve en estos casos limitada –o al menos debe ser coordinada– por las exigencias propias del derecho a la no discriminación (art. 16, CN; arts. 2.1 y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 2 y 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 1.1 y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros). Por lo tanto, la decisión de celebrar el contrato con una persona determinada (o la negativa a hacerlo) debe estar fundada en un motivo razonable y no en una categoría discriminatoria. Cuando los motivos que determinan la elección no son razonables –es decir, distinguen sin una adecuada correlación entre la finalidad de la distinción y el criterio utilizado–, la conducta del locador deviene discriminatoria. El Derecho Privado, y particularmente el derecho de los contratos, va dando ingreso a la protección contra la discriminación como límite a la libertad contractual (Maffei, 2008; Navas Navarro, 2008; Giménez Acosta, 2012).

Recordemos además que se existen ciertas “categorías sospechosas” que presuponen la irrazonabilidad del criterio y obligan a un escrutinio estricto (Saba, 2008:698). Son sospechosas las categorías mencionadas en el art. 1 de la Ley Antidiscriminación en el que se establece que “*se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo*”<sup>63</sup>, *posición económica, condición social o caracteres físicos*”. Asimismo, la Corte Suprema ha considerado sospechosos los criterios fundados en la nacionalidad<sup>64</sup>,

<sup>61</sup> El caso fue fallado por la Cam. Nac. Civ., Sala J, en “Hertzriken, Luiciano c. Sanfuentes Fernández, M”, del 11/10/06,

<sup>62</sup> Al punto tal que las normas comunitarias de Europa que tutelan contra la discriminación excluyen expresamente el supuesto de “habitación de una casa particular” (Directiva 2004/113/CE)

<sup>63</sup> Es preferible referir a “género” y no a “sexo”.

<sup>64</sup> CSJN, “Repetto, Inces c. Provincia de Buenos Aires”, del 08/11/1988, en *Fallos* 311:2272, voto de los jueces Petracchi y Bacqué; “Hooft, Pedro C. F. c. Buenos Aires, Provincia de”, del 16/11/2004 en *Fallos* 327:5118; “R.A.D. c. Estado Nacional”, del 04/09/2007, entre otros.

el sexo<sup>65</sup>, y la religión<sup>66</sup>. Además existen razones suficientes para considerar categorías sospechosas a la discapacidad, la orientación sexual (Treacy, 2011:192) e inclusive la pobreza (Maurino, 2012:313).

En el caso puntual del acceso a la vivienda adecuada, los organismos internacionales han indicado que es responsabilidad de los Estados adoptar legislación u otras medidas para cerciorarse de que los actores privados —verbigracia, los propietarios de viviendas, los promotores inmobiliarios, los propietarios de tierras y las empresas— cumplan las normas de derechos humanos relativas al derecho a una vivienda adecuada, o que incluye *“por ejemplo, reglamentar los mercados de la vivienda y los arrendamientos de manera de promover y proteger el derecho a una vivienda adecuada; (...) asegurar que los propietarios de viviendas no discriminen contra determinados grupos”* (ONU-Habitat, 2010:36).

En el ámbito interno, la protección contra la discriminación del consumidor ha sido recogida expresamente en el art. 1098 del Código Civil y Comercial (e igualmente, con relación a la publicidad, en el art. 1101 inc. c] del mismo Código). En el marco específico del contrato de locación la protección contra la discriminación no es tampoco una novedad. De hecho, la ley 11.156 de 1921, que modificó varias normas del Código Civil derogado en atención a los problemas habitacionales que ya aquejaban al país, incluyó un segundo párrafo al art. 1504 en el que sostenía la nulidad de la cláusula *“por la que se pretenda excluir de la habitación de la casa, pieza o departamento arrendado o subarrendado, a los menores que se hallen bajo la patria potestad o guarda del locatario o sublocatario”*. En el Código Civil y Comercial, el sentido tuitivo frente a la exclusión de ciertas personas ha sido mantenido en el art. 1195, ahora para proteger de manera más amplia a personas incapaces o con capacidad restringida, a disponer la nulidad de la cláusula que *“impide el ingreso, o excluye del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble”*. Si bien se trata una norma que protege “dentro del contrato” —es decir, una vez que la relación jurídica se ha constituido—, lo cierto es que expresa y reconoce una realidad cuál es la dificultad de acceder a la vivienda.

En síntesis, la protección contra la discriminación no implica la anulación de la libertad de contratar del propietario, sino que se trata de encauzar este derecho en los márgenes normales y tolerables fijados por el ordenamiento jurídico. Negar la celebración del contrato “ofrecido” en el mercado en razón de la religión, el género, la nacionalidad, el origen, la capacidad, u otras cualidades personales del pretense locatario implica una conducta arbitraria y discriminato-

<sup>65</sup> CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba”, del 19/09/2000, en *Fallos* 323:2659; “Sisnero, Mirtha G. y otros c. Taldelva SRL y otros”, del 20/05/14, en *Fallos*, 337:611.

<sup>66</sup> CSJN, “Partido Nuevo Triunfo”, del 17/03/2009, en *Fallos* 332:433.

ría y, en consecuencia, un ejercicio abusivo de la autonomía contractual.

#### **4.2.- Situaciones jurídicas abusivas (conexidades ilícitas)**

a) conexidad entre la locación y las garantías accesorias:

La conexidad es un fenómeno que ha sido profundamente estudiado por la doctrina en los últimos años. Advertir que dos o más contratos se hallan ligados por la finalidad común implica alterar el conocido efecto relativo de los contratos y permite transferir ciertos efectos de un contrato hacia el otro. Se advierte entonces que la operación económica que las partes desean realizar se descompone en varios contratos que, no obstante su individualidad, están conectados por la causa fin común.

La conexidad puede surgir de diferentes maneras. Una de ellas es la función que cumple un contrato respecto del otro, y el ejemplo más usual son los negocios jurídicos de garantía (Tobias y De Lorenzo, 2001). Esto es justamente lo que ocurre entre el contrato de locación y las garantías que se prevén para el resguardo del cumplimiento de obligaciones a cargo del locatario. Si bien el contrato de locación suele incluir una cláusula por la que se celebra conjuntamente una fianza, se ha vuelto práctica usual requerir además sumas de dinero adicionales que son entregadas como “deposito” en garantía por eventuales incumplimientos del locatario. En otros casos, además se obliga a suscribir al locatario cierto número de pagarés –generalmente la cantidad equivalente a la cantidad de meses de duración– los que se son entregados al deudor contra el pago del canon mensual<sup>67</sup>. Se trata de actos conexos pero en los que la causa que motiva la conexidad puede ser ilícita. Es decir, se utiliza la predisposición de varios actos jurídicos para instrumentar un comportamiento abusivo. Se trata de un caso de “situación jurídica abusiva” en el que el resultado ilícito se alcanza “*a través de la predisposición de actos jurídicos conexos*”, según la definición del art. 1120 del Código. Si bien la norma se prevé dentro del contrato de consumo, la noción de situación jurídica abusiva aparece contemplada también en art. 10, tercer párrafo del mismo Código.

La suma de negocios jurídicos conexos puede importar una limitación de la autonomía privada del locatario y una lesión a sus derechos<sup>68</sup>. Por eso, en

<sup>67</sup> En un caso se rechazó, por mayoría, la excepción de inhabilidad de título en la ejecución de pagares librados como garantía de un contrato de locación. El actor ejecutado alegó que se trataban de pagarés librados como garantía de un contrato de locación que había sido rescindido anticipadamente (el contrato de locación había sido celebrado entre el ejecutante y el conyuge del ejecutado). El juez de la disidencia consideró esta situación y sostuvo que los pagares carecían de causa pues el demandante no resultaba acreedor del ejecutado (Cam. 1° Civ. y Com. Córdoba, “Aliaga, María Susana del Carmen c. Jerez, Gabriel”, del 06/12/12, en *La Ley Córdoba* 2013, p.402).

<sup>68</sup> Por ejemplo, en un caso se demandaron los daños y perjuicios derivados de la frustración de un contrato cuya negociación se encontraba avanzaba. Para la Cámara resultó suficiente la causa

la regulación del contrato de locación con destino habitacional el Código instrumental límites concretos a este tipo de situaciones conexas. Así, el art. 1196 limita el monto que puede exigirse en concepto de “depósitos de garantía” o sumas asimilables al equivalente a un mes por cada año de locación.

b) conexidad entre la locación y el corretaje:

Otro contrato conexo con el contrato de locación es el corretaje. Se trata de un contrato por el cual una persona –el corredor matriculado– se obliga a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes (art. 1345, Cód. Civ. y Com.). Se trata de un contrato de colaboración gestoria no representativa (Lorenzetti, 2000:29).

Más allá de quién haya encargado expresamente la mediación en la oferta –el comitente, generalmente el pretense locador– se entiende que su actividad beneficia a ambas partes y por ello, el Código dispone que si interviene un solo corredor “*todas las partes le deben la comisión*” (art. 1351). En el caso de la intermediación para la celebración del contrato de locación, suele ser usual que el corredor cobre comisión tanto del locador como del locatario. El problema surge cuando, merced a la libertad para fijar la remuneración, el corredor cobra importantes sumas de dinero por su intervención, cifras que, sumada a otros costos iniciales (meses anticipados, depósitos en garantía, gastos de celebración), implican una restricción material al acceso del contrato.

Por ello, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires ha sido recientemente modificada la Ley 2340 que regula la actividad de los corredores inmobiliarios introduciendo dos importantes limitaciones sobre el tema que desarrollamos. Por un lado, se incluyó un inc. 7 al art. 13 sobre prohibiciones por el que se dispone que “*queda expresamente prohibido en las locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, requerir y/o percibir, mediante cualquier forma de pago, comisiones inmobiliarias y/u honorarios por la intermediación o corretaje a locatarios, sublocatarios y/o continuadores de la locación. La prohibición resulta extensiva a los honorarios por administración de dichas locaciones*”. Esto significa que, respecto a las locaciones con destino habitacional no regiría la disposición prevista en el art. 1351 del Código Civil y Comercial y por lo tanto el único obligado al pago es el locador. La limitación ha sido criticada (Esper, 2017).

Por otra parte, y respecto a la remuneración que debe el locador, se sustituye el inc. 2 del art. 11 de la citada ley y se establece que “*para los casos de locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, el monto máximo de la comisión a cobrar será el equivalente al*

---

invocada por el propietario para negar la celebración: no se había acreditado suficientemente que el fiador ofrecido era titular del dominio sobre el inmueble denunciado (Cam. Nac. Civ., Sala D, “Bruno, Florencia C. c Vázquez, Marta V.”, del 29/04/16, en RCyS 2016-IX, p.110).

*cuatro con quince centésimos por ciento (4,15%) del valor total del respectivo contrato, a cargo del locador”.* Esta limitación porcentual, antes de la modificación, aparecía contemplada pero para el caso del inquilino. En efecto, el art. 57 de la Ley 2340 disponía que hasta tanto se regulen los aranceles, el monto máximo de la comisión a cobrar al inquilino era del 4,15% del valor total del contrato. Señalamos esto pues dicha limitación originó un proceso colectivo que vale la pena reseñar brevemente.

Frente a la limitación expuesta -reiteramos, ya modificada- el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad, alegando facultades reglamentarias, dictó la resolución 350/16 por la que permitía a los corredores cobrar comisiones superiores al 4,15% fijado. Ante ello, una Asociación Civil (ACIJ) inició un proceso colectivo solicitando la nulidad de la norma. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción considerando que *“librar a la autonomía de la voluntad y, por tanto, a la libertad de mercado fuera de los estándares estatales y en términos exorbitantes, el precio a abonar por comisión de inmobiliarias en miras a acceder a la vivienda única y digna por la modalidad de locación de inmuebles, no se condice con la protección estatal -a nivel legal, constitucional, y los tratados con esta última jerarquía- que se les hubieron conferido a los inquilinos (y a los potenciales inquilinos) y se presenta como una modalidad que tiende a frustrar los derechos que el ordenamiento jurídico pretendió tutelar de manera preferencial”* (consid. 9.3) y que *“en la tensión entre los derechos constitucionales de trabajar y ejercer industria lícita (por un lado) y el acceso a la vivienda digna (por el otro), el legislador local no se ha desentendido de los derechos de ambos participantes, dado que, además de contemplar el del inquilino a no verse privado o frustrado de acceder a una vivienda digna por causa de una comisión a abonarse al corredor que pueda calificarse como irrazonable, excesiva y/o desproporcionada, procura que al percibir aquella este último perciba un honorario conforme la entidad económica del contrato”* (consid. 12)<sup>69</sup>.

El escenario actual es diferente pues la ley prohíbe que los corredores cobren comisiones a los locatarios. No obstante, el precedente mencionado ilustra lo que intentamos explicar: el problema no puede analizarse sólo con las reglas del Derecho Privado sino que debe adoptarse un enfoque de Derechos Humanos y tener en cuenta el derecho a la vivienda involucrado, no sólo en el contrato principal –el de locación– sino también en el conexo –el de corretaje–.

### **4.3.- Desalojo**

El desalojo forzado es una de las cuestiones más complejas del derecho a la vivienda y una de las maneras de afectarlo cuándo es realizado sin las ga-

---

<sup>69</sup> Juzg. Cont., Adm. y Trib. n°17 CABA, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros vs. Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, del 30/08/16, en *Rubinzal Online*, cita: RC J 4588/16.

rantías suficientes y sin prever, según cada caso, asistencia a los afectados (OG 4 del Comité DESC).

En el caso del desalojo que se deriva de un contrato de locación el problema resulta particularmente complejo. Es que no deben perderse de vista los problemas de eficacia que están asociados al desalojo. De un lado, los propietarios exigen una vía rápida y efectiva para recuperar la tenencia del inmueble. Por ello, si el procedimiento demora demasiado en efectivizar el desalojo los propietarios valorarían elevadamente este riesgo y preferirían quitar el bien del mercado, lo que a la postre genera no solo escases de la oferta sino que además eleva el precio del resto de las locaciones ofrecidas. Pero, por el otro lado, especialmente cuando el bien está destinado a vivienda, la celeridad del proceso no puede avasallar ciertos derechos del locatario, como el derecho de defensa y el de acceso a la vivienda. Esto no significa que los locadores deban soportar la ocupación de sus inmuebles hasta tanto el locatario y su grupo familiar, o el Estado, les provean otro hogar. De lo que se trata de es otorgar el plazo mínimo e indispensable para que el locatario pueda reacomodar su situación relativa a la vivienda, particularmente cuándo existen personas vulnerables afectadas (como niños y niñas, ancianos, discapacitados, etc.).

Del complejo panorama, destacamos algunos puntos centrales:

a) desalojo y debido proceso

Tradicionalmente los procesos de desalojo han privilegiado la celeridad frente a la posibilidad de discutir ciertos aspectos. Por ello es un proceso especial de conocimiento restringido a ciertos temas como el vencimiento del plazo y la falta de pago, dejando otras controversias para tramitar en un proceso de conocimiento amplio u ordinario (Molina Quiroga y Viggliola, 1999:289). En la Provincia de Buenos Aires el propietario puede incluso solicitar la desocupación inmediata cuando la causal de desalojo es el vencimiento del contrato o la falta de pago, otorgando previa caución real (art.676 ter, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Este panorama contrasta con los estándares fijados, por ejemplo, por el Comité DESC en la Observación General 7, justamente sobre desalojo forzoso. Allí se dijo que *“aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados”*. Ahora bien, cabe preguntarse cuáles serían los recursos jurídicos mínimos que debería asegurar la legislación. Para ello, en la misma Observación se dan algunos criterios. Se sostiene que las garantías procesales que deberían asegurarse en los contextos de desalojo forzoso deben ser, entre otras: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación con antelación a la fecha prevista

de desalojo; c) no efectuar desalojos cuando hay mal tiempo o de noche, salvo consentimiento de los afectados; e) ofrecer recursos jurídicos.

Frente a este enfoque, es necesario repensar también las reglas procesales del juicio de desalojo para el caso de desocupación de inmuebles destinados a habitación. En particular, el Código Civil y Comercial dispone en los arts. 1222 y 1223 varias reglas destinadas a proteger al locatario en el marco del desalojo. En primer lugar, siempre que el destino sea habitacional, se obliga a la previa intimación al pago de los alquileres adeudados, otorgándole un plazo no menor a 10 días corridos para el cumplimiento (art. 1223 cit.). Sólo después de esta intimación –y aún cuando el locatario se encuentre en mora– es posible iniciar la demanda de desalojo. Por otra parte, el último párrafo del art. 1224 indica que el plazo de ejecución de la sentencia no debe ser inferior a 10 días (también corridos). Es decir, se intenta –como lo indican los estándares internacionales– otorgar un plazo razonable de antelación al locatario incumplidor.

Por otro lado, los contratos de locación, generalmente predispuestos, suelen contener una cláusula de prórroga de jurisdicción (Caramelo Díaz, 2011). Así como ha ocurrido con otros contratos de consumo, la respuesta jurídica a dichas cláusulas no puede ser sino la nulidad de las mismas toda vez que implican una restricción a los derechos del locatario (arts. 988 inc. b] y 1119, Cód. Civ. y Com.; art. 37, LDC). No obstante, la jurisprudencia aún es adversa a esta solución<sup>70</sup>.

#### b) desalojo y grupos vulnerables:

Sin perjuicio de la protección general en el marco del desalojo que parece abrirse tímidamente en la legislación civil, los pasos más importantes se han dado en materia de tutela de ciertos grupos vulnerables como niñas, niños y adolescentes. Así, la jurisprudencia ha comenzado dando intervención al Defensor de menores cuando en el marco del proceso de desalojo se advertía la presencia de menores que resultarían directamente afectados por la medida<sup>71</sup>. En general se considera que la intervención puede darse luego de trabada la litis o luego de dictada la sentencia y previo a la ejecución de la misma<sup>72</sup>.

En otro caso incluso se ordenó la suspensión del lanzamiento hasta que se produzca la notificación a los organismos administrativos que entienden en temas de vivienda o asistencia social. De manera acertada, se ponderaron las pretensiones del actor –de desocupar el inmueble– y del demandado –de lograr

<sup>70</sup> En un reciente caso, se rechazó la excepción de incompetencia sostenida en la nulidad de la cláusula que contenía la prórroga (Cam. Nac. Civ., Sala B., “Delgado Publicidad SAIC c. S., M.N.”, del 22/02/16, en *La Ley* 2016-C, p.476).

<sup>71</sup> En este sentido, Cam. Nac. Civ., Sala G, “R. C., B. D. c. R. C., A. y otro”, del 07/07/16, en *La Ley* 2016-D, p. 643.

<sup>72</sup> Cam. Nac. Civ., Sala J, “Salvatori, Eduardo Horacio c. Cruz Fernández, María del Carmen”, del 06/02/16 en *La Ley* 2016-A, p.540; Cam. Nac. Civ., Sala H, “Dupou, Hebe Noemí c. Del Balle, Roberto Leonardo y otro”, del 13/02/12 en *La Ley Online*, cita: AR/JUR/82126/2012.

la suspensión hasta que el Estado le provea una vivienda a la menor con discapacidad y su madre— y se decidió que la suspensión de la ejecución de la sentencia no puede extenderse hasta el momento en que el Estado, mediante cualquiera de las reparticiones, garantice adecuadamente el derecho a la vivienda, sino tan sólo hasta la debida notificación mediante oficio a los organismos administrativos pertinentes<sup>73</sup>.

## **5.- Cierre. Hacia la vigencia definitiva de los derechos humanos en el Derecho Privado**

Entre fines del Siglo XIX y comienzos del XX comenzó a advertirse en Francia y Alemania la llamada “función social de la propiedad” con las señeras obras de Duguit y Von Gierke. La preocupación, un siglo después, sigue siendo la misma: de qué manera matizar el principio de la propiedad privada, sin anularla pero permitiendo que cumpla otras finalidades más allá de las individuales. En el siglo XXI la preocupación adopta otra perspectiva y otro fundamento. Esta vez, las exigencias provienen de los derechos humanos. Ante ello, parece ineludible que el Derecho Privado patrimonial revise varias de sus soluciones jurídicas para permitir el efectivo ingreso de las reglas y los principios provenientes de los derechos fundamentales. Uno de los contratos más profundamente atravesado por la constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado es el de locación de inmueble con destino habitacional.

### **Bibliografía**

ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús (1993), “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Civil*, BOE, 1993, pp. 57-122.

ALPA, Guido (2008), “Las tareas actuales del derecho privado”, en *La Ley* 2008-B, p. 1208.

BIDART CAMPOS, Germán (2004), *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Bs. As.

BORDA, Alejandro (2017), “El inquietante proyecto de la ley de locaciones urbanas”, en *La Ley* 2017-B, p.720.

CARAMELO DÍAZ, Gustavo D. (2011), “Locación de inmuebles para vivienda y Derechos Humanos”, en *Doctrina Judicial*, del 30/11/2011, p.1

<sup>73</sup> 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

- CAO, Christian A. (2015), “¿Derecho a la vivienda o bien de familia? Continuidades y cambios en el Código Civil y Comercial”, en RCCyS, 2015-VIII, p. 297.
- DE LORENZO, Miguel F. (2011), “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, en *La Ley* 2011-E, p. 1258.
- DI CHIAZZA, Daniel (2016), *Contratos. Parte Especial*, Abeledo Perrot, Bs. As.
- FERRAJOLI, Luigi (2011), “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en Carbonell, Miguel y otros (Coord.), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, UNAM, Mexico, 2001, pp. 99-110.
- FRUSTAGLI, Sandra A. (2010), “El contrato como marco de tensión entre utilidad y derechos de la personalidad”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2010-VII, p. 24.
- GIMÉNEZ COSTA, Ana (2012), “El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia”, en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (dir), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, pp.621-641
- HERNÁNDEZ, Carlos & FRUSTAGLI, Sandra A. (2009), “Contrato de locación”, en Nicolau, Noemí, *Fundamentos de Derecho Contractual*, Tomo II, La Ley, Bs. As.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. (2017), “Un desacertado proyecto de reformas al Código Civil y Comercial”, en *La Ley* 2017-B, p.726.
- LIMA MARQUES, Claudia (2015), “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, STIGLITZ, Gabriel & HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Bs. As., T. I, p. 147
- LOREZETTI, Ricardo L. (1995), *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- LORENZETTI, Ricardo L. (2000), *Tratado de los contratos*, Tomo 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- MAFFEIS, Daniele (2008), “Liberta contrattuale e divieto di discriminazione”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol 62, n°2, pp.401-434
- MÁRQUEZ, José F. y CALDERÓN, Maximiliano R. (2004), “La tutela del consu-

midor de los derechos de uso y goce de un inmuebles. La Locación y la ley 24.240”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2004-2, p. 293

MAURINO, Gustavo (2012), “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Abeledo Perrot, Bs. As.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (2011), *Derecho Civil Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe

NAVAS NAVARRO, Susana (2008), “El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXI, fasc. III, p. 1477

ONU-HABITAT (2010), *El derecho a la vivienda adecuada*, Geneva.

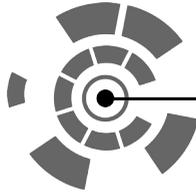
ROLNIK, Raquel (2012), *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Consejo de Derecho Humanos-ONU, cita: A/HRC/22/46.

SABA, Roberto P. (2008), “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 698.

STRARCK, Christian (2002), “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm.66, pp.65-89.

TREACY, Guillermo F. (2011), “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 89, p. 192.

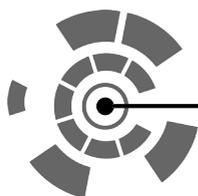




**derecho de la familia y de la persona**



## La adopción por integración frente al binarismo filiatorio. Reflexiones sobre la posible puesta en crisis del modelo clásico familiar.



Esteban Marmeto  
(CIC – UNICEN)

### Resumen:

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, la adopción por integración ha adquirido un carácter jurídico propio, estableciéndose reglas y principios específicos aplicables a esta realidad social en particular. De esta manera, la protección y el reconocimiento que las familias ensambladas disponen en el sistema constitucional-convencional se vieron reforzadas por un ordenamiento civil nacional respetuoso de las diversidades familiares. Si bien ello no implica afirmar que el Código Civil no receptaba estas realidades, cierto es que su captación era asistemática y difusa.

No obstante las diversas aristas que se desprenden del tipo adoptivo en análisis, en la ponencia se analizará la aparente contradicción que se observa entre el supuesto reglado en el artículo 631 inciso b del Código Civil y Comercial de la Nación que refiere a la adopción por integración en aquellos casos los que la/el pretensa/o adoptada/o posea más de dos vínculos filiales, y la regla de la máxima binaria estipulada en el artículo 558.

*“Lento pero viene  
el futuro real  
el mismo que inventamos  
nosotros y el azar*

*cada vez más nosotros  
y menos el azar”*

LENTO PERO VIENE – MARIO BENEDETTI.

## **1.- Introducción**

Tal como indican los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, el instituto de la filiación ha sufrido importantes modificaciones; los principios constitucionales y convencionales en materia de niños, niñas y adolescentes constituyen un pilar fundamental de la legislación nacida hace poco menos de tres años. Así, el interés superior del niño; el principio de igualdad de todos las/os hijas/os matrimoniales o extramatrimoniales, el derecho a la identidad, celeridad y facilidad en la determinación legal de la filiación, el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica, la reparación del daño injusto al derecho a la identidad del hijo, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, y el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella, constituyen un cimiento estructural infranqueable que edifica y parcelariza al derecho filiatorio. De esta manera, aquella célebre frase, emanada por el constitucionalista Bidart Campos (1997) en el siglo pasado, que expresaba que “la ley no constituye el techo del ordenamiento jurídico”, cobra especial virtualidad.

Como fundamento de aquellos paradigmas, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora a las técnicas de reproducción humana asistida como nueva fuente filial, y sistematiza la adopción por integración, en las que la voluntad procreacional —en el primer caso— y la socioafectividad —en la segunda— juegan un papel fundamental a la hora de la determinación de la filiación. De esta manera, el derecho humano a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico se encuentra captado por la legislación naciente, dinamitando todo aquel valladar que impida el libre y pleno goce del ejercicio de los derechos.

A pesar de las grandes modificaciones realizadas en el campo filial, las bases de la legislación civil aún siguen ancladas sobre un sistema biológico. En virtud de esta afirmación, partiendo de un estudio transversal entre el instituto filial y las diversas fuentes filiatorias, propongo realizar un examen del carácter naturalista que aún se encuentra impregnado en el Derecho de Familias. Para ello, comenzaré por analizar el sistema binario, para luego hacer foco en la pliparentalidad y su particular incidencia en la adopción por integración.

## **2.- El binarismo filial en el Código Civil y Comercial de la Nación**

La Comisión reformadora del Código Civil y Comercial de la Nación consideró conveniente continuar la línea legislativa que había esbozado Vélez Sarsfield en materia de vínculos filiatorios. Así, y a pesar de que en los fundamentos del anteproyecto se proyectó un sistema jurídico edificado sobre la base

de la multiculturalidad, quienes redactaron la legislación vigente estipularon una expresa prohibición hacia la posibilidad de romper con la máxima binaria. De esta manera, el tercer párrafo del artículo 558 reza que “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera fuera la naturaleza de la filiación”. Ello ha sido reforzado por el artículo 578, el cual estipula, en el capítulo destinado a la acciones de filiatorias que “si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación”. En definitiva, podría señalarse que si comparamos la legislación actual con la precedente en lo que refiere a la posibilidad de incorporar una tercera persona a la relación filial, “no hay nada nuevo bajo el sol”.

Sin embargo, resulta interesante traer a colación los fundamentos doctrinarios que se han esgrimido en torno a la posición que ha adoptado el Código Civil y Comercial de la Nación respecto al sostenimiento normativo de la máxima binaria. En este aspecto, Herrera ha señalado que *“apelándose a la perspectiva realista, cabe preguntarse qué viabilidad existía para que el Congreso Nacional pudiera sancionar una postura legislativa casi novedosa a nivel mundial lo que implicaba, de base, reformar una gran cantidad de normativas del Anteproyecto relativas a la responsabilidad parental que es el conjunto de derechos y deberes que se deriva de la filiación (2017:22).*

Si bien los fundamentos esgrimidos por Herrera resultan totalmente entendibles y lógicos —de hecho, son compartidos por quien escribe la presente ponencia—, ello no implica sostener la inconveniencia de realizar una mirada crítica respecto a la falta de respuesta legislativa en relación a las familias pluriparentales. Es que frente a una realidad social que constantemente pone en “crisis” lo que jurídicamente se creía aprehendido, el Código Civil y Comercial de la Nación emergido de la contemporaneidad plural e igualitaria no brinda respuestas satisfactorias a las reclamaciones de los grupos sociales que pregonan por una ampliación de los vínculos filiatorios<sup>74</sup>.

Desmembrar el régimen binario para construir un sistema pluriparental resulta una tarea que no reviste carácter de sencillez. Ello se debe, fundamentalmente, a que el ordenamiento jurídico familiar se encuentra construido en clave biparental, en virtud del cual proyectar un Derecho de Familias que incluya la posibilidad de que tres o cuatro personas puedan formar parte de un régimen de parentalidad atentaría contra la lógica normativa de la institución en análisis. Es más, creo que de llevarse a cabo una reforma legislativa que permita una apertura hacia una multiplicidad de vínculos filiales se pondría en jaque el sistema jurídico en su conjunto, dado que el mismo se encuentra anclado y pensado en

---

<sup>74</sup> Aquí resulta interesante observar los dos casos que se presentaron ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas solicitando la inscripción de una filiación triple. <https://www.infobae.com/2015/04/23/1724315-anotaron-al-primer-bebe-triple-filiacion-la-argentina/> y <https://www.minutouno.com/notas/1277438-anotan-al-primer-chico-triple-filiacion-la-ciudad>

clave binaria. De esta manera, por ejemplo, propiciar un ordenamiento normativo que sea receptivo de la pluralidad de vínculos filiatorios generaría impacto, por ejemplo, en el Derecho Sucesorio. Como se puede observar, el camino de la pluriparentalidad tiende a tornarse sinuoso.

La disyuntiva que se plantea en relación a la multiparentalidad fue puesta en escena en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en la ciudad de Bahía Blanca. Allí, por unanimidad, se resolvió que “no se debería incorporar al Código Civil y Comercial de la Nación una regulación específica que incluya los supuestos de pluriparentalidad”<sup>75</sup>. De esta manera, ya quedaron zanjadas —no obstante cierta reticencia social— aquellas discusiones que giraban en torno a si el binomio parental debía ser heterólogo u homólogo. El Código Civil y Comercial de la Nación —y antes, el Código Civil a través de la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario— adoptó una postura en pos de la pluralidad de estrategias familiares, en la que el género no tiene incidencia al momento de decidir conformar una familia. En este orden de ideas se puede decir que el debate ha subido el andarivel, ya no siendo la cáscara sino el fondo: es el sistema binario el que se pone en tela de juicio (De la Torre, 2015).

Respecto a la prohibición que estipula el ordenamiento jurídico nacional, la doctrina ha ensayado diferentes soluciones en torno a la posibilidad de saltar la máxima del doble vínculo filial. Ellas han sido expuestas en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, obteniendo dictamen mayoritario la postura que se manifestó sobre la conveniencia de declarar inconstitucional el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación cuando se pretenda romper con el sistema binario. El despacho minoritario sostuvo, en cambio, que “los casos de pluriparentalidad pueden ser resueltos a partir de una lectura sistémica de todo el Código, en particular de los artículos 1° y 2° del título preliminar”. Estas posturas disímiles han sido correctamente expuestas por Gil Domínguez al sostener que si se considera que la legislación en análisis, “no constituye los derechos establecidos por la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, y que sólo cumple una exclusiva función de garantía primaria de eficacia” (2015: 63), el artículo 558 opera como una norma que puede ser interpretada conforme a la regla del reconocimiento constitucional y convencional, pudiéndose reconocer más de dos vínculos filiales. En cambio, continúa el mismo autor, si se sostiene que el Código Civil y Comercial de la Nación constituye “la fuente excluyente de los derechos establecidos por la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de derechos Humanos, sin que puedan operar desaplicaciones por parte de la Administración o el Poder Judicial en los casos concretos” (página 63), se encuentra presente una tensión entre el paradigma constitucional-convencional y un derecho secundario, en virtud del cual, en caso de colisión, la solución será la declaración de inconstitucionalidad del artículo 558.

---

<sup>75</sup> <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>

Cerrando este apartado, es dable preguntarse si, no obstante todos los inconvenientes que se visibilizan en relación a la legislación de la pluriparentalidad, es jurídicamente correcto que el ordenamiento nacional continúe brindando respuestas restrictivas hacia esta conformación familiar. Adelantando una respuesta, creo que no. La posición renuente por parte del Código Civil y Comercial de la Nación hacia la apertura de vínculos filiales múltiples choca contra la manda constitucional-convencional. Romper la comodidad jurídica se torna una cuestión de justicia social.

### **3.- La pluriparentalidad como “nueva” forma de estar en familia**

Hasta aquí se ha realizado un análisis acerca del debate doctrinal erigido sobre la posibilidad de romper el principio binario en el campo de la filiación, y del bosquejo que se ha ensayado respecto de las posibles soluciones que se podrían adoptar en virtud de la aparición, en el escenario jurídico, de la llamada “familia pluriparental”. En lo que respecta al presente acápite, se intentará conceptualizar y delimitar a este “nuevo” modelo familiar a la luz del paradigma constitucional-convencional sobre el que se sedimenta el sistema jurídico nacional a partir de la reforma constitucional de 1994.

Como punto de partida, puede señalarse que ni la Constitución Nacional ni los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos adoptan una posición restrictiva en torno a la protección de la diversidad de tipos de familias. Ello ha sido dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los diversos casos sobre los que estos órganos judiciales han debido dictar pronunciamiento. Así, el máximo órgano de justicia nacional sostuvo respecto a la interpretación jurídica que debía realizarse del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que “la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo; porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inocuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio” (CSJN, 1990). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) consideró que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “*no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*” (párrafo 142).

De esta manera, se observa que tanto en el bloque constitucional como convencional no existe una protección hacia una forma en particular de estar en familia sino que sus múltiples causas se encuentran amparados y receptados por la Constitución Nacional y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta afirmación refuerza la lógica de que la familia pluriparental se en-

cuentra protegida por el plexo normativo nacional e internacional, máxime si se trae a colación lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999: 193) al sostener que los Tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar las condiciones de vida actuales y la evolución de los tiempos.

Esto obedece al carácter cultural que se le asigna a la institución en análisis, siendo ella permeable y endeble a los cambios sociales, económicos y políticos que se suscitan en cada período histórico determinado. Es por ello que socióloga Segalen (2013:17) sostiene que la familia no constituye una simple caja de resonancia de las transformaciones mencionadas, sino que posee una activa participación en ellas. Lo expuesto conlleva a demostrar que la comprensión del entramado familiar no puede ser realizada en forma sesgada sino que debe partirse desde un abordaje interdisciplinario<sup>76</sup>.

Lo mencionado anteriormente permite traer a colación las atinadas palabras de Moisset de Espanés quien, con buen tino, ha señalado que “el derecho es un producto cultural en el que se reflejan las tendencias que señalan las líneas de evolución de un grupo social. El Derecho no es extraño a los cambios que esa evolución trae aparejados y debe —para cumplir sus funciones— adecuarse a las nuevas situaciones, proporcionando criterios de solución de conflictos que sean acordes con las particulares necesidades del momento histórico” (1980: 144). Considerar al Derecho como un elemento de la cultura permite poner en resalto la problemática de un pueblo determinado y en un momento histórico determinado, con una forma de sentir y valorar (Fernández Sessarego, 2015:12).

Hasta aquí hemos concluido que la figura de la pluriparentalidad posee protección constitucional-convencional, y que constituye una de las tantas formas de vivir en familia que existen en la realidad social. Seguidamente, y de manera sucinta, se interrelacionó al Derecho de las Familias con la cultura, habiendo arribado a la solución que establece que la interrelación entre ambos es sumamente necesaria debido a constituyen dos elementos inescindibles que permiten comprender de manera cabal y completa la realidad social familiar. En lo que sigue, se retomará la directriz planteada al comenzar este apartado, es decir, la conceptualización y delimitación del campo de actuación de la pluriparentalidad.

Debido a la incipiente aparición de la familia pluriparental en el campo jurídico nacional, su desarrollo es sumamente escueto. El sistema binario está tan impregnado y arraigado en la cultura de nuestro territorio, que los mayores trabajos realizados sobre este campo provienen del Derecho brasileiro. Allí, y con fundamento en la socioafectividad, existen numerosos fallos en los que se le han reconocido efectos jurídicos a la multiparentalidad —término utilizado en Brasil para hacer referencia a lo que aquí se ha comenzado a denominar como

---

<sup>76</sup> Al respecto, se recomienda: Minyersky, 2015.

“pluriparentalidad” (De la Torre, 2015: 1) —. Es más, en ese país han existido pronunciamientos judiciales en los que se le ha dado prevalencia a la filiación socioafectiva paterna o materna por sobre los lazos biológicos (Ferreira de Laurentis, 2015: 99). Así lo ha expresado Días al sostener que *“la coincidencia genética ha dejado de ser fundamental. La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos”* (2009:86).

El lugar que actualmente ocupa la socioafectividad en el derecho civil argentino aún es incipiente<sup>77</sup>.

La noción de pluriparentalidad puede ser enmarcada como relación social y real de filiación de un/a niño/a con más de dos personas, es decir, como opuesto a la “biparentalidad” (De Lorenzi, 2017: 3). También se la ha definido como aquel reconocimiento de más de dos vínculos filiales que, al salirse del principio binario, configura una especie de red de relaciones jurídicas de carácter inédito, a partir del ejercicio del derecho a la voluntad procreacional por al menos tres personas, quienes titularizan todas las obligaciones y derechos que del vínculo paterno/materno-filial emanan (Bescos -Silva, 2016: 1). En definitiva, existirá pluriparentalidad cuando una persona disponga más de dos vínculos filiatorios.

Lo antes transcrito conlleva a plantear el interrogante si la figura en análisis resulta aplicable en las tres fuentes de filiación que regula el Código Civil y Comercial de la Nación o, por el contrario, cobra virtualidad en ciertos tipos filiales. Personalmente considero que la pluriparentalidad puede producirse tanto en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, como por naturaleza o por la adopción. En lo que respecta a esta última, su plausibilidad será analizada en el acápite siguiente; en tanto que en las otras dos fuentes, la voluntad procreacional —en el caso de la primera— y la socioafectividad —en la segunda— jugarán un rol fundamental para vehiculizar la pluriparentalidad.

En lo que a las técnicas de reproducción humana asistida — en adelante, TRHA— refiere, la voluntad procreacional constituye el elemento fundante sobre el que se iza este tipo filial. Así, la legislación nacional establece que sólo quedará/n emplazado/s quien/es hayan prestado su consentimiento pleno, libre e informado ante el centro de salud interviniente, independientemente del/a aportante de gametos. En otras palabras, la filiación se determinará por el elemento volitivo, careciendo de relevancia —a los efectos de este análisis— el aspecto genético (Herrera, 2015: 473). Es por ello que aquí, y a través de la aplicación de

---

<sup>77</sup> En relación a la socioafectividad, se recomienda la lectura de Herrera, 2014

la voluntad procreacional, la pluriparentalidad podría jugar un rol más que interesante en aquellos casos en los que la fecundación sea heteróloga, es decir, en aquellos casos en los que los gametos provengan, en todo o en parte, de un tercero ajeno a la pareja (Lloveras-Salomón, 2009:190). Si, por ejemplo, una pareja decide someterse a una TRHA con material genético de un amigo de aquella y las tres personas están de acuerdo en llevar adelante un plan parental en común, ¿por qué el sistema jurídico debería vedarle esa posibilidad? No existen fundamentos constitucionales ni convencionales para negarles esa posibilidad.

La pluriparentalidad también puede estar presente en los casos de filiación por naturaleza, es decir, cuando la unión del óvulo y del espermatozoide se realiza a través del acto sexual, en las que la causa fuente de ella está constituida por la identidad biológica-genética. Aquí, la voluntad procreacional ya no es el elemento fundante para la apertura a más de dos vínculos filiales sino que será la socioafectividad la que cumple un papel preponderante. Si bien ya se ha hecho referencia sobre ella, resulta interesante remarcar que el elemento socioafectivo se produce a través de la combinación de dos elementos: lo social y lo afectivo —cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social, y cómo lo social se ve interpelado por ciertos afectos— (Herrera, 2014: 2). En este caso cabe preguntarse si el reconocimiento complaciente debe continuar siendo prohibido por la legislación nacional o si, por el contrario, debería admitirse aquella figura cuando el elemento socioafectivo resulte preponderante resguardando, claro está, el derecho a la identidad estática del niño, niña o adolescente.

#### **4.- La adopción por integración como causa fuente de la pluriparentalidad**

Hasta aquí se ha realizado la siguiente línea expositiva. En primer lugar se ha hecho referencia a la posibilidad de la ruptura de la máxima filial, posteriormente se analizó el carácter constitucional y convencional de la pluriparentalidad y, por último, se delimitó el ámbito de actuación de aquella en la filiación por naturaleza y por TRHA. En este último acápite se buscará desentrañar la plausibilidad de generar lazos filiatorios múltiples en la adopción por integración.

Como fue mencionado, la adopción constituye una de las tres fuentes filiales que recepta el Código Civil y Comercial de la Nación. A diferencia de la concepción teórica sobre la que se enrolaba la legislación derogada respecto a no establecer definiciones en los Códigos de fondo<sup>78</sup>, la nueva normativa conceptualiza los diversos institutos que interactúan en el nuevo ordenamiento civil. Dado que el instituto adoptivo no resulta ser la excepción a lo recientemente mencionado, el artículo 594 del Código Civil y Comercial define a la adopción como aquella “institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de ni-

<sup>78</sup> En este sentido, Vélez Sarsfield consideró que no era propio de un código de leyes establecer definiciones. Esa idea fue expresada en la nota al pie al artículo 495 del Código Civil.

ños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”.

Además de los principios que emergen del instituto de la filiación, la legislación civil ha considerado conveniente establecer en forma expresa<sup>79</sup> aquellos que resultan aplicables a la filiación adoptiva. Esta posición adoptada por el ordenamiento jurídico nacional ha sido criticada por determinados sectores de la doctrina (Belluscio, 2017) debido a que han considerado que resulta totalmente innecesario que el Código Civil y Comercial estipule principios, máxime cuando los mismos derivan de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales en Derechos Humanos. Particularmente creo que este “*principialismo*” constituye una técnica legislativa de suma importancia dado que otorga directrices de cómo interpretar las normas que interactúan en la filiación por adopción. En palabras de Medina, “*resulta muy importante el establecimiento de una parte general en materia de adopción porque ella determina los principios y las finalidades de la institución, que son pilares imprescindibles a la hora de la interpretación y de llenar las lagunas del ordenamiento positivo. Los principios generales en materia de adopción cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Como fuente, los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres. Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que los principios generales de adopción por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del derecho positivo. Por otra parte como elemento de interpretación de la ley, los principios generales sirven para: a) solucionar las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas; b) dar la clave para interpretar una disposición que ofrece dudas*” (2012: 3).

Otra de las novedades del Código Civil y Comercial de la Nación es la regulación de la figura de la adopción por integración como tipo adoptivo autónomo. Ello no quiere decir que la legislación derogada no preveía esta figura, sino que su captación era asistemática y deficiente debido a que esta figura se encontraba subsumida dentro de la modalidad simple. Además, su ámbito de

---

<sup>79</sup> Artículo 595 del Código Civil y Comercial de la Nación. “Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años”.

actuación era escueto dado que resultaba aplicable sólo en aquellos casos en los que se intentaba adoptar al/la hijo/a del/a cónyuge.

Siendo la adopción por integración una figura posee tintes sustancialmente disímiles con los tipos adoptivos simples y plenos, su noción difiere de la mencionada en los párrafos anteriores. Esto se debe a que los objetivos y las finalidades del tipo filial en análisis son totalmente diversos al de la adopción en general, debido a que en la adopción por integración el pretense adoptante se *integra* a la familia del adoptado. Así, el Juzgado de Familia N°2 de Esquel<sup>80</sup> estatuye que la adopción por integración “*no está destinada a excluir, extinguir o restringir vínculos sino a ampliarlos mediante la integración de una persona a un grupo familiar ya existente que un niño o adolescente conforma con su progenitor; es que el instituto no involucra, perjudica ni resta efectos jurídicos entre el adoptado y su progenitor de origen con quien convive*”.

Habiendo delimitado la noción de adopción por integración, se torna necesario retomar las líneas trazadas al comenzar esta exposición planteando el siguiente interrogante: ¿podría generarse vínculos filiales pluriparentales en la adopción por integración? Veamos. El artículo 631 del Código Civil y Comercial de la Nación regula los efectos entre adoptante y adoptado en la figura adoptiva en análisis. Allí, la legislación plantea dos variantes. La primera, que corresponde al inciso a, establece que si el/la pretense adoptado/a posee un solo vínculo filial de origen, él/ella se inserta en la familia del/la adoptante “con los efectos de la adopción plena”. Aquí, en principio, no existirían mayores inconvenientes para la aplicación del binarismo. La segunda variante, adoptada en el inciso b, estatuye que si el/la pretense/a adoptado/a posee doble vínculo de origen, se aplica lo dispuesto en el artículo 621 —es decir, la morigeración de los efectos de la adopción—. Es, en este segundo inciso, el lugar en donde el sistema binario comienza a resquebrajarse.

En virtud de esta llamativa solución que brinda el Código, doctrinariamente se han planteado dos posturas disímiles. La primera considera que en el artículo 631 inciso b, la legislación civil quiso abrir la puerta para la aplicabilidad de la pluriparentalidad, por lo que en aquellos casos en los cuales una persona con doble vínculo filial de origen fuere adoptada por el/la cónyuge del padre o de la madre, la regla del vínculo binario cedería (Brunel, Huaris, Tissera Costamagna, Vilela Bonomi 2015:7). La segunda postura sostiene que el caso planteado por el inciso b cobra virtualidad en aquellos supuestos en los que el/la progenitor/a no conviviente constituye una figura ausente, silenciada o poco presente en la vida del/la hijo/a; en caso contrario el/la cónyuge o conviviente del progenitor

---

<sup>80</sup> JUZGADO DE FAMILIA N°2 DE ESQUEL (2016). S., S. D. s/ Adopción de G., M. Citado por Duprat, Carolina; Fernández; Silvia González de Vicel, Mariela; Herrera, Marisa “Capítulo IX Adopción”, en Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora. Tratado de Derecho de Familia. Tomo V B. Rubinzal Culzoni.

de origen no pretendería adoptarlo. En ese último caso, sostienen, la figura jurídica que mejor se adecuaría a la situación planteada sería la del progenitor afín (Herrera, 2014: 697).

Si bien este tema es jurídicamente novedoso, la jurisprudencia ha comenzado a expedirse sobre esta temática. Así, el Juzgado de Familia N° 4 de La Plata<sup>81</sup> dispuso la constitución de una “filiación triple” en una adopción de integración bajo la modalidad simple de una niña que poseía doble vínculo filiatorio de origen. De la situación fáctica vertida en el fallo se desprende que la niña V, cuyo emplazamiento filial estaba completo, vivía con su progenitora de origen (M.N.) y su progenitor afín (J.M.), desde el año 2009. En 2017 ambas personas decidieron presentarse ante el Juzgado mencionado con la finalidad de solicitar la filiación adoptiva por integración de modalidad simple de la niña. En la demanda pidieron de manera expresa que se conservaran de los vínculos filiales con el progenitor de origen, pues no era la intención del adoptante de extinguir, sustituir o restringir los vínculos que la niña tenía con el otro progenitor de origen. Posteriormente, el padre no conviviente se presentó en el proceso otorgando su consentimiento para que se lleve a cabo la adopción por integración de su hija, siempre que se conservaran sus derechos y deberes sobre ella. De la sentencia dictada por la jueza se desprende el otorgamiento de una filiación triple, en la que las tres personas poseen la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental.

A modo de conclusión de lo dicho hasta ahora respecto a la adopción por integración, se puede señalar que la doctrina y la jurisprudencia han comenzado a conceder ciertas licencias para que, poco a poco, la pluriparentalidad empiece a jugar como regla a la hora de diagramar los vínculos filiatorios. Particularmente, considero que el Código Civil y Comercial de la Nación establece en forma clara la posibilidad de romper con el sistema binario a partir de la aplicación de la figura de la adopción por integración cuando el pretense adoptado posee dos vínculos filiales. La socioafectividad juega un papel fundamental en la adopción por integración. Además, sostengo que dado que el principio de realidad<sup>82</sup> constituye un elemento fundamental sobre el que se edifica el instituto de la filiación, vedar la posibilidad de romper con la vetusta máxima filial resultaría contrario al interés superior del niño y al concepto de identidad dinámica. Si en definitiva tres no son multitud.

Antes de cerrar este acápite, resta hacer una breve referencia respecto a la aplicabilidad de la pluriparentalidad en los otros tipos adoptivos. En este caso, y en consonancia por lo expresado por Fernández y Herrera (2018: 11),

---

<sup>81</sup> JUZGADO DE FAMILIA N°4 LA PLATA, 20/02/2017. B.A.J.M s/ adopción acciones vinculadas, inédito. En Fernández, Silvia; Herrera, Marisa - “Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad” AP/DOC/83/2018

<sup>82</sup> Sobre este principio, se recomienda la lectura de Herrera, Marisa; “Sobre familias en plural. Reformar para transformar”. Revista jurídica UCES.

creo que la flexibilización de los efectos que los miembros de la judicatura le puedan otorgar a la adopción plena o simple, en virtud de la aplicabilidad del artículo 621 del Código Civil y Comercial de la Nación, no implica sostener que allí actúa la figura de la pluriparentalidad. Por otro lado, surge el interrogante de si tres o más personas podrían solicitar en forma conjunta la adopción de un niño, niña o adolescente (NNA) en virtud de un proyecto parental que deseen desarrollar. Lamentablemente, la legislación nacional les veda esa posibilidad dado que el artículo 599 del Código es sumamente restrictivo al disponer que, como máximo, dos personas pueden ser adoptantes de un NNA si se encuentran en matrimonio o en una unión convivencial. Aquí, la pluralidad de estrategias familiares se encuentra sumamente restringida.

## 5. Conclusión

De lo expresado en esta ponencia se desprende que, en lo que a la pluriparentalidad refiere, aún queda mucho camino por recorrer. El paradigma constitucional-convencional interpela al ordenamiento jurídico nacional para que readeque su normativa acorde con una sociedad pluralista y multicultural, en la que lo biológico deje de ser el elemento fundante de la filiación. De nada sirve regular las técnicas de reproducción humanas asistidas si, por otro lado, se continúa con el resabio biologicista de la máxima binaria.

La filiación por adopción integrativa será, en un futuro no muy lejano, la principal vía de escape para saltar la máxima filial. Si el matrimonio dejó de ser sacralizado, heterosexual y fundante de una familia, ¿por qué no puede romperse con la biparentalidad? Lo imposible se vuelve posible cuando se comienza a intentarlo.

## Bibliografía.

- BELLUSCIO (2017). La adopción en el Código Civil y Comercial. AP/DOC/105/2017
- BESCOS – SILVA (2016). Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial. Diario DPI, Suplemento de Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos N°7
- BIDART CAMPOS (1997). La “Ley” no es el techo del ordenamiento jurídico - (Una muy buena sentencia de adopción). AR/DOC/15203/2001
- BRUNEL, HUARIS, TISSERA COSTAMAGNA, VILELA BONOMI (2015). “Pluriparentalidad”, filiación e identidad en el CCYC. ([http://jndciba-hiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/BrunelHuais-y-otros\\_Pluriparentalidad.pdf](http://jndciba-hiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/BrunelHuais-y-otros_Pluriparentalidad.pdf)). Compulsado el 23/04/2018

- DE LA TORRE (2015). Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales? AP/DOC/1075/2015
- DIAS (2009). Filiación socioafectiva: nuevos paradigmas de los vínculos parentales. Revista jurídica UCES.
- FERNÁNDEZ – HERRERA (2018). “Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad” AP/DOC/83/2018
- FERNÁNDEZ SESSAREGO (2015). Derecho y persona. Astrea.
- FERREYRA DE LAURENTIS (2015). Temas polémicos en Derecho de Familia conforme al Derecho Brasileño.
- GIL DOMINGUEZ (2015). El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial. Ediar.
- HERRERA (2014). La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del derecho de familia contemporáneo. RDF 66-75
- HERRERA (2015). Adopción, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA; LLOVERAS, NORA. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Tomo III. Rubinzal Culzoni.
- HERRERA (2015). Manual de derecho de las familias. Abeledo Perrot.
- HERRERA (2017). Derecho y Política- Política y Derecho: cuando las políticas de ajuste impactan en las relaciones de familia. Revista Derechos en Acción.
- LLOVERAS – SALOMÓN (2009). El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Editorial Universidad.
- MEDINA (2012). La adopción en el Código Civil y Comercial. <http://www.gracielamedina.com/la-adopcion-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-naci-n/> (Compulsado el 18 de abril de 2018)
- MINYERSKY (2015). Infancia e interdisciplina. Breve reseña de Carrera y Maestría en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles en Elías María Felicitas (compiladora) “La transición normativa y su impacto en la vida familiar. Una aproximación a la vida cotidiana de los sectores populares”. Editorial Espacio. Buenos Aires. 2015.
- MOISSET DE ESPANÉS (1980). Cambio social y cambio legislativo. Anuario de Derecho Civil.
- SEGALEN (2013). Sociología de la Familia. Eudem.

## **Jurisprudencia**

CorteIDH. Caso Atala Riffo y niñas c. Chile. Sentencia de 24 de febrero

de 2012. Serie C No. 239

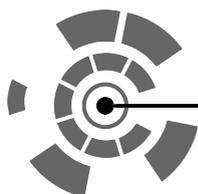
Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

CSJN. Missart, Miguel A., JA 1990-II-379<sup>a</sup>

JUZGADO DE FAMILIA N°2 DE ESQUEL (2016). S., S. D. s/ Adopción de G., M. Citado por Duprat, Carolina; Fernández; Silvia González de Vicel, Mariela; Herrera, Marisa “Capítulo IX Adopción”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA; HERRERA, MARISA; LLOVERAS, NORA. Tratado de Derecho de Familia. Tomo V B. Rubinzal Culzoni.

JUZGADO DE FAMILIA N°4 LA PLATA, 20/02/2017. B.A.J.M s/ adopción acciones vinculadas, inédito. En FERNÁNDEZ, SILVIA; HERRERA, MARISA “Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad” AP/DOC/83/2018

## Tener un techo. La problemática del acceso a la vivienda que enfrentan lxs jóvenes sin cuidados parentales



*Martina Salituri Amezcua*

(UNICEN-CONICET)

*Carolina Videtta*

(UBA)

### Resumen:

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se ha consolidado la categoría jurídica de lxs adolescentes y, más allá de ello, se ha abierto la posibilidad de pensar en otra que la complementa, la de lxs jóvenes, disparando una serie de efectos jurídicos acordes a su capacidad y situación jurídicas. A su vez, dentro de estas categorías, dichos efectos normativos se vuelven aún más específicos respecto de un subgrupo de jóvenes: aquellos sin cuidados parentales que se encuentran en la transición del sistema de cuidados alternativos hacia la autonomía y la vida adulta que comienza fuera de la institución de cuidado. Si por un instante intentáramos el ejercicio de ponernos en sus zapatos, nos asaltaría un sin fin de incertidumbres e interrogantes: ¿y ahora qué hago?, ¿cómo sigue mi vida?, ¿a quién podría recurrir si no tengo referentes familiares ni afectivos?, ¿adónde voy a vivir?, ¿cómo consigo un hogar?, ¿terminaré en la calle?... En definitiva, el cruce entre los derechos fundamentales de lxs jóvenes sin cuidados parentales y la garantía del acceso a una vivienda digna es insoslayable y el Estado es responsable de su satisfacción efectiva, como garante último de los derechos humanos. Siguiendo esta lógica, y sobre la base de los principios

de igualdad y autonomía progresiva, el año pasado entró en vigencia la ley nacional N° 27.364 que crea el Programa de Acompañamiento para el Egreso de Jóvenes sin Cuidados Parentales, en cuyo articulado se consigna la dimensión habitacional, siendo este el principal problema con el que se encuentran al momento del egreso. Bajo este contexto normativo y a la luz de un análisis crítico de la relación dialéctica entre Derecho y Realidad, nos proponemos en la presente ponencia dar cuenta de los distintos trayectos que recorren estxs jóvenes en materia de vivienda al momento de egresar de los distintos dispositivos que componen el sistema de protección, visibilizando sus derechos involucrados, las tensiones que respecto a ellos se generan, así como las respuestas y/u omisiones que provienen desde el Estado en sus distintas dimensiones.

## 1.- Introducción

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) se ha consolidado la categoría jurídica de lxs adolescentes<sup>83</sup> y, más allá de ello, se ha abierto la posibilidad de pensar en otra que la complementa, la de lxs jóvenes, disparando una serie de efectos jurídicos acordes a su capacidad y situación jurídicas. A su vez, dentro de estas categorías, dichos efectos normativos se vuelven aún más específicos respecto de un subgrupo de jóvenes: aquellxs sin cuidados parentales que se encuentran en la transición del sistema de cuidados alternativos hacia la autonomía y la vida adulta que comienza fuera de la institución de cuidado.

Cumplir la mayoría de edad es para muchxs jóvenes una gran alegría. Para lxs que egresan del sistema de cuidados alternativos, sin embargo, supone un vertiginoso salto al vacío. Al soplar dieciocho velas, se ven obligadxs a salir al mundo sin el apoyo de una familia y sin respaldo del propio Estado que lxs acogió hasta ese momento.

Si por un instante intentáramos el ejercicio de ponernos en sus zapatos, nos asaltaría un sin fin de incertidumbres e interrogantes: ¿y ahora qué hago?, ¿cómo sigue mi vida?, ¿a quién podría recurrir si no tengo referentes familiares ni afectivos?, ¿adónde voy a vivir?, ¿cómo consigo un hogar?, ¿terminaré en la calle?... En definitiva, el cruce entre los derechos fundamentales de lxs jóvenes sin cuidados parentales y la garantía del acceso a una vivienda digna es insoslayable y el Estado es responsable de su satisfacción efectiva, como garante último de los derechos humanos.

Siguiendo esta lógica, y sobre la base de los principios de igualdad y autonomía progresiva, en el año 2017 entró en vigencia la ley nacional N° 27.364 que crea el Programa de Acompañamiento para el Egreso de Jóvenes sin Cuidados

<sup>83</sup> Conf. Art. 25 CCyC: “Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”.

Parentales<sup>84</sup>, en cuyo articulado se consigna la dimensión habitacional, siendo éste el principal problema con el que se encuentran al momento del egreso. Bajo dicho contexto normativo y a la luz de un análisis crítico de la relación dialéctica entre Derecho y Realidad, nos proponemos en la presente ponencia dar cuenta de los distintos trayectos que recorren estxs jóvenes en materia de vivienda al momento de egresar de los dispositivos que componen el sistema de protección, visibilizando así sus derechos involucrados, las tensiones que respecto a ello se generan y las respuestas u omisiones que provienen desde el Estado en sus diferentes dimensiones.

## **2.- El marco desde donde partir: el derecho humano a la vivienda**

La vivienda constituye un bien indispensable para el desarrollo de la vida de las personas así como un bien que la economía entiende como costoso y al cual no siempre resulta fácil acceder ni conservar, de allí las tensiones que se generan frente a la situación de gran cantidad de personas y familias que enfrentan una verdadera imposibilidad fáctica de ejercer este derecho, constituyendo una de las manifestaciones más contundentes y graves de la crisis social que aqueja a varios países (Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015:90), como el nuestro<sup>85</sup>.

En el plano jurídico, el derecho a la vivienda es un derecho humano que se incluye dentro de los llamados derechos “económicos, sociales y culturales” (DESC), reconocido y amparado positivamente por nuestro ordenamiento jurídico vigente a través del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de numerosas disposiciones de derechos humanos con jerarquía constitucional como: el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 5 inc. e III de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el art. 14 inc. h de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y, específicamente respecto de niñas y adolescentes, el art. 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el sistema universal de protección de los derechos humanos, se considera que los elementos indispensables que debe reunir una “vivienda adecuada” son: la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, la posibilidad de soportar los gastos, la habita-

<sup>84</sup> Cabe mencionar como antecedente local, el Programa “Autonomía Joven” en el marco de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>85</sup> De acuerdo con una nota publicada por la Agencia oficial TELAM el 8/3/2016, el déficit habitacional en la Argentina se estima aproximadamente en 3,5 millones de viviendas. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201603/138760-deficit-habitacional-argentina.html> (compulsado el 10/4/2018).

bilidad, la accesibilidad, el lugar y la adecuación cultural (Observación General N° 4 del Comité de DESC de las Naciones Unidas), estableciéndose que “*el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a tener y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y con dignidad*”<sup>86</sup> (primer Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado y sobre el Derecho a la no Discriminación de las Naciones Unidas).

A nivel federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en fallos 335:452<sup>87</sup>) sostuvo, puntualmente sobre el derecho a la vivienda que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a esta discrecionalidad de los poderes públicos. En consecuencia, los DESC no son meras declaraciones sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, y esta operatividad es derivada en la medida que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, por lo que si bien en principio no habría un derecho a que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial -en virtud de que nuestra Carta Magna asigna esta facultad a los poderes ejecutivos y legislativos-, estos derechos fundamentales están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo cual implica que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (en este caso se trataba de una madre y su hijo, un niño con discapacidad). Por ende, “[e]l Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes”.

Por otra parte, corresponde puntualizar que el derecho a la vivienda no es igual que el derecho de propiedad, ya que no solo se puede acceder a la vivienda y permanecer legítimamente en ella en calidad de dueño o propietario. El atributo fundamental, conforme al sistema internacional de protección de derechos humanos, es el de “seguridad jurídica de la tenencia”, que constituye un estándar que debe reunir el vínculo que une a la persona con la vivienda para que esta última sea “adecuada” o “digna”.

Asimismo, debemos considerar que el derecho a la vivienda se relaciona, necesariamente, con la satisfacción de otros derechos humanos como los derechos a: la salud, la integridad, un nivel de vida adecuado, la intimidad, la igualdad, la vida familiar y la garantía constitucional de protección integral de la familia, característica propia de la interdependencia e indivisibilidad de los

---

<sup>86</sup> Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Housing/Pages/HousingIndex.aspx> (consultado el 10/4/2018).

<sup>87</sup> CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, 24/04/2012.

derechos fundamentales<sup>88</sup>.

En este sentido, dentro del sistema regional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no prevé directamente la tutela del derecho a la vivienda, este derecho se encuentra indirectamente garantizado por los arts. 3 y 8 que prohíben a los Estados someter a las personas a torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes y les impone el deber de respetar su vida privada y familiar<sup>89</sup>.

Desde la íntima conexión del derecho a la vivienda digna con el derecho a la salud, cabe traer a colación un reciente caso ocurrido en la Ciudad de Buenos Aires<sup>90</sup>, a través del cual el Poder Judicial decretó la responsabilidad del gobierno porteño ante el fallecimiento de un niño en situación de calle. En este sentido, se consideró en la sentencia de primera instancia que, “[l]lama la atención que agentes de un programa social naturalicen la salud abstrayéndose del contexto en que se dice lo que se dice: ‘los niños se encontraban en buen estado de salud’. No. Es falso. Los niños no se encontraban en buen estado de salud porque estaban en situación de calle (cfr. art. 20, CCABA). La salud es algo más que no tener fiebre y estar vacunado”.

Por su parte, en la órbita del derecho interno, la doctrina ha sostenido que la protección del hogar abarca un doble alcance que implica su materialización en dos momentos fundamentales: “[e]n primer lugar, se protege el acceso a una vivienda digna que garantice las necesidades mínimas de las personas; por eso, se pone en cabeza del Estado la obligación de diseñar políticas públicas orientadas a su concreción. En segundo lugar, se tutela el derecho **sobre** la vivienda en la que se habita (sea obtenida en propiedad o por cualquier otro medio legítimo), frente a las acciones de alguno de sus miembros adultos, o frente a los derechos de terceros”<sup>91</sup> (Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015: 91). De ahí la importancia de considerar ambas preposiciones, las cuales resultan complementarias y no contradictorias cuando se reúnen en la misma persona, puesto que deviene correlativo el poder, en primer término, acceder a una vivienda digna y, luego, permanecer legítimamente en ella.

Consideraciones que, sobre la base de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Civil y, específicamente, del Derecho de las Familias (arts. 1 y 2 CCyC), recepta la actual regulación civil y comercial en materia de

---

<sup>88</sup> En la Declaración y programa de Acción de Viena de 1993 se proclamó que “*todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*” (punto 5).

<sup>89</sup> Conf. TEDH, “Winterstein and others v. Francia”, Aplicación no. 27013/2007.17/10/2013.

<sup>90</sup> Fallo de segunda instancia: CApel. CAyT Sala I, CABA, 14/03/2018, “N. A. M. A. y otros c. GCBA y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica), inédito. Fallo de primera instancia: Juz. CAyT nro. 15, CABA, 14/12/2016, “N. A. M. A. y otros c. GCBA y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)”, LL Cita Online: AR/JUR/83392/2016.

<sup>91</sup> El resaltado nos pertenece.

vivienda, lo cual se ha plasmado concretamente a través de: 1) la derogación de la ley nacional N° 14.394 de bien de familia y la simultánea creación de un nuevo régimen de afectación de la vivienda (arts. 244 a 256 CCyC) -tanto de las familias como de las personas consideradas individualmente-; 2) nuevas reglas de atribución de su uso (arts. 443 a 445 y 526/527 CCyC); 3) la inejecutabilidad e indisponibilidad relativa de la vivienda familiar (arts. 456 y 522), en el marco de las uniones matrimoniales como convivenciales en las que pueden encuadrarse jurídicamente algunas organizaciones familiares; y 4) el derecho de habitación del conviviente supérstite (art. 527 CCyC) y del cónyuge supérstite (art. 2332 CCyC) en materia sucesoria.

Finalmente, cabe resaltar que el derecho a la vivienda es protegido por la ley nacional N° 26.061 (art. 35), por lo que su amenaza y/o vulneración activa la actuación de los organismos que integran el Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, habilitándose la adopción de una medida de protección de derechos que haga cesar dicha amenaza o vulneración, con la finalidad de preservar y/o restituirles el disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

### **3.- Jóvenes sin cuidados parentales**

#### **3.1.- El salto al vacío**

*“Soledad y desamparo. Son las dos palabras que mejor definen lo que sentís cuando salís del hogar”*

*(Jessica Waksman, egresada)*

Cada vez más se retrasa la salida de lxs hijxs de la casa familiar. Esto no solo pasa en la Argentina sino en el resto del globo. El principal freno es el económico: el retraso al mundo laboral formal, sueldos que no alcanzan para poder alquilar una vivienda, sumado a la falta de políticas públicas para incentivar la independencia y apoyar económicamente a lxs jóvenes.

La edad media de independencia de lxs argentinxs se sitúa a los 29 años<sup>92</sup>, pero a lxs jóvenes que viven bajo el sistema de cuidados del Estado les cierran la puerta de la institución el día que cumplen 18.

Llegar a la mayoría de edad, para lxs jóvenes sin cuidados parentales les produce mucho vértigo dado que tienen que dejar el hogar de cuidado y una vez fuera no tienen a dónde ir. Al esfuerzo que deben hacer se le suma un sentimiento de soledad enorme, no hay familia ni *nido* al que volver. La población general cuando se va de la casa familiar muchas veces hace un proceso “yoyó” de irse

---

<sup>92</sup> Según datos del INDEC, basado en el último censo nacional de 2010, del total de jóvenes de entre 18-35 años que vive con sus padres en todo el país, la mayoría tiene entre 21 y 29 años y seis de cada diez son varones. De esta cifra, más del 90% no estudia, trabaja.

pero volver a comer o a lavar la ropa. O, incluso, volver a instalarse un tiempo con la familia si el proyecto de independencia no funciona. Ellxs no tienen nadie con quien hacer este proceso “yoyó”.

De más está decir que lxs jóvenes bajo el sistema de cuidados alternativos tienen las mismas necesidades que lxs demás jóvenes de su edad, pero sus condiciones específicas de vida hacen que precisen un acompañamiento especial para la satisfacción de esas necesidades. Por ende, la pregunta en este punto es: ¿cómo acompañar a un/a joven sin cuidado parental, a los 18 años, para que tenga una transición a la vida adulta que, en nuestro contexto cultural, suele hacerse a una edad mucho más avanzada? Y esto, además, teniendo en cuenta las particularidades del contexto de institucionalización en el que crecieron y los problemas de riesgo o desamparo que han sufrido en sus propias familias.

Si bien, en números, no se sabe exactamente qué cantidad de niñxs y adolescentes se encuentran bajo protección del Estado, del último relevamiento llevado a cabo por Unicef y la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Nación en el año 2014, se estima que son 9.219 lxs niñxs y adolescentes que se encuentran en dicha situación, representando un 36% de total, lxs adolescentes (Sennaf y Unicef, 2014: 11 y ss.). Las principales causas de ingreso relevadas son las violencias (maltrato, abandono, abuso sexual); sin embargo, sabido es que la pobreza sigue siendo el gran telón de fondo de las medidas excepcionales de protección (CIDH y OEA, 2013: 42), las cuales se adoptan en virtud de los arts. 39 y siguientes de la ley nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niñoa y Adolescentes y sus pares locales.

A modo ilustrativo, ya que solo refleja la realidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto a la intervención de las Defensorías Zonales de Protección de Derechos, se puede observar que en las zonas con mayores índices de pobreza (sur de la ciudad) se concentran la mayor cantidad de intervenciones durante el año 2015<sup>93</sup>. Si bien no todas las intervenciones terminan en medidas de protección que implican la separación familiar, se da una relación directamente proporcional entre la cantidad de casos atendidos y la cantidad de medidas excepcionales dictadas por cada Defensoría.

En cuanto a los egresos que se producen por mayoría de edad, según datos del relevamiento citado, un 12,1% lo hace con un proyecto de vida autónomo, mientras que un 8,2% lo hace sin preparación para la vida adulta, lo que supone un vertiginoso salto al vacío. Al soplar dieciocho velas, se ven obligados a salir al mundo sin el apoyo de una familia y sin un sólido respaldo del Estado.

---

<sup>93</sup> Los registros actuales arrojan sensibles diferencias entre las Defensorías Zonales en cuanto al total de intervenciones a su cargo. Las Defensorías ubicadas en las zonas con mayores índices de pobreza concentran algo más de una tercera parte del total (36%) durante el 2015. (Fuente: Consejo de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Información extraída del sistema Legajo Único. Año 2015. Disponible en [http://www.buenosaires.gov.ar/sites/gcaba/files/anuario\\_estadistico\\_2015.pdf](http://www.buenosaires.gov.ar/sites/gcaba/files/anuario_estadistico_2015.pdf), fecha de compulsión 11/4/17)

### ***3.2.- Programa de Acompañamiento para el Egreso de Jóvenes sin Cuidados Parentales***

El Programa de Acompañamiento para el Egreso de Jóvenes sin Cuidados Parentales fue creado por la ley nacional N° 27.364<sup>94</sup>, aún pendiente de reglamentación. Sin embargo, ello no es óbice para que se encuentre plenamente vigente, pudiéndose exigir al Estado su cumplimiento efectivo, dado que al tiempo que se escribe esta ponencia resta la implementación del mismo.

La ley comentada reviste una verdadera importancia ya que es la primera vez que se reconoce y se legisla específicamente sobre este sector de la población, no solo en la Argentina sino en el resto de la región<sup>95</sup>. Además, se trata de una norma nacional, estableciendo de este modo el piso mínimo de derechos sobre el cual cualquier programa local deberá edificarse, garantizando en consecuencia la igualdad de oportunidades para todxs lxs jóvenes independientemente del territorio en el que vivan.

Sumado a ello, es necesario señalar que la legislación nacional no regula cómo se va a producir la salida del sistema de cuidados alternativos a la vida adulta una vez llegada la mayoría de edad, salvo en términos negativos. Es decir, haciendo referencia a la protección de la que un/a joven, al cumplir los 18 años, deja de recibir. Tampoco las leyes locales hacen referencia a esta transición. Por esto, también celebramos la creación del Programa, absolutamente necesario para garantizar la igualdad y no discriminación de los mismos, tendiente a lograr su plena inclusión social, según reza el art. 1 de la ley.

En este sentido, podemos afirmar que la satisfacción de las necesidades de lxs jóvenes sin cuidados parentales al egresar del sistema de cuidados alternativos no ha constituido una prioridad en el diseño del sistema de protección y promoción de derechos de ninxs y adolescentes. Esto es así porque el objetivo del sistema es la reagrupación familiar, y no la preparación para la mayoría de edad. Si el enfoque estuviera puesto en el segundo objetivo, numerosas decisiones de la vida cotidiana se organizarían priorizando la promoción de la autonomía. Así, en el ámbito sociocultural argentino, parecería que protección y autonomía entran en conflicto.

Sin embargo, Pellegrini (2018) sostiene que autonomía y protección no son términos excluyentes. Por el contrario, afirma la autora, se necesitan: *“reconocer espacios de autonomía en determinadas circunstancias y ante ciertos actos resulta una modalidad de protección, ya que moldea la personalidad, colabora en el proceso madurativo, la autoestima y la seguridad personal”*

<sup>94</sup> Sancionada el 31/5/17, publicada en el B.O. el 26/6/17, en vigencia desde el 4/7/17.

<sup>95</sup> Se puede compulsar: <http://www.telam.com.ar/notas/201706/191203-la-ley-de-egreso-asistido-es-pionera-en-la-region-aunque-quedan-retos-por-abordar.html>; <https://www.infobae.com/politica/2017/08/13/leyes-que-cambian-vidas-el-proceso-de-creacion-del-egreso-asistido/>; [https://elpais.com/elpais/2018/03/14/planeta\\_futuro/1521066054\\_562127.html](https://elpais.com/elpais/2018/03/14/planeta_futuro/1521066054_562127.html) (fecha de consulta 4/4/17)

El principio jurídico de autonomía progresiva, sobre el cual se edifica el Programa, constituye una herramienta imprescindible para garantizar a todos los jóvenes sin cuidados parentales una transición gradual del sistema de cuidados alternativos a la vida adulta. Dado que implica la incorporación al mismo a partir de los 13 años o desde el ingreso del/a joven al dispositivo de cuidado formal si este fuera posterior y hasta el egreso del mismo. Asimismo, el Programa se compone de un acompañamiento personal, que consiste en la asignación de una/un referente cuya función es acompañar a cada joven sin cuidado parental en el fortalecimiento de su autonomía (conf. arts. 6 y ss.), y de una asignación económica mensual a partir del momento del egreso del dispositivo de cuidado formal y hasta los 21 o 25 años según el/a joven estudie o se capacite (art. 21).

El acompañamiento personal además de ser individualizado, esto es, respetando las características particulares de cada joven debe ser integral. Lo que implica que debe hacerse teniendo en cuenta todas las dimensiones que contempla la ley en el art. 11 y siguientes: a) salud, salud sexual, procreación responsable y planificación familiar; b) educación, formación y empleo; c) vivienda; d) derechos humanos y formación ciudadana; e) familia y redes sociales; f) recreación y tiempo libre; g) habilidades para la vida independiente; h) identidad; i) planificación financiera y manejo del dinero.

A su vez consta de dos etapas, según reza el art. 7: la primera se extiende desde los 13 años o edad posterior al ingreso al sistema de cuidados alternativos y hasta el momento del egreso del dispositivo de cuidado formal. La segunda etapa se extiende desde el momento del egreso y hasta los 21 años.

#### **4.- Derecho a la vivienda en la ley de egreso**

*“No me fui, me “sacaron” de un día para el otro.*

*Te sentís mal porque viviste ahí toda tu vida y que te saquen así, es feo. Estar en el Hogar es como vivir en una burbuja. Imaginate que no sabía poner la tarjeta sube del colectivo. Afuera era todo nuevo para mí” (...)*

*“A mí me gustaría que cambien muchas cosas. Que otros chicos y chicas no vivan lo mismo que viví y pasé yo. Necesitas un lugar donde vivir, un acompañamiento que te ayude en tu vida y a conocer la vida afuera. Yo hubiese necesitado el apoyo de una persona para no pasar por lo que pasé, poder seguir estudiando y conseguir trabajo”.*

*(Eliana, una joven egresada del sistema de cuidado del Estado,*

*que a los 18 años debió dejar el Hogar ubicado en la Provincia de Buenos Aires)*

#### **4.1.- Consideraciones generales**

Dado el tema de la presente ponencia, nos centraremos -en esta oportunidad- específicamente en las aristas relativas al derecho a la vivienda que contempla la ley.

Hay una realidad y es que el principal problema de un/a joven al momento del egreso es el habitacional. No hay sitio a donde ir.

Es por esto que la ley plantea, entre las dimensiones del Programa, la vivienda. En el art. 14 se sostiene que esta dimensión está orientada a *“que las/os adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales: a) Conozcan las facilidades disponibles para el alquiler o la adquisición de una vivienda propia. b) Puedan gestionar su alojamiento, evaluando la calidad del mismo y comparando alternativas”*. Asimismo, exhorta al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación a que implemente *“políticas destinadas a otorgar facilidades en materia habitacional a las/os jóvenes sin cuidados parentales, entre los que podrá incluir: a. Sistemas habitacionales con condiciones edilicias, instalaciones y equipamiento apropiados para que las/os adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales puedan adquirir las habilidades de autocuidado, prácticas interpersonales que les permitan construir su autonomía. b. Sistema de créditos para la compra y alquiler de viviendas”*.

Finalmente el referido artículo establece que *“[e]l Consejo Nacional de la Vivienda deberá establecer un cupo preferente del dos por ciento (2%) de los planes de adjudicación o mejoramiento de viviendas que se ejecuten con los fondos del FONAVI destinado a estos créditos”*.

Por lo expuesto podríamos apreciar dos partes en este mismo artículo. La primera, como parte integrante del plan de egreso de cada joven, es decir, una de las dimensiones del acompañamiento personal tiene que ser la vivienda. Lo que implica que se vaya trabajando con él/a joven esta situación desde mucho antes del egreso, para que llegado este momento la situación habitacional esté resuelta. Poder pensar con el joven cuáles son las alternativas posibles de a dónde ir a vivir luego de dejar el hogar convivencial.

Actualmente, y sin el apoyo del Estado, las alternativas no son muchas: 1) regresar con la familia de origen a pesar de haber estado separados de ella durante años, aunque esto suponga un nuevo riesgo para la vulneración de los derechos del/a joven; o 2) quedar en situación de calle, es decir, se convierten en “personas sin techo”.

A esta dura situación se suma la falta de empleo estable, como conse-

cuencia de otra transición incompleta como es haber finalizado la educación secundaria.

Un interesante estudio llevado a cabo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, realizado por la Asociación Civil Doncel<sup>96</sup> y el colectivo Guía Egreso<sup>97</sup> en 2017 con el apoyo de Fortalecimiento de la Sociedad Civil, Ministerio de Desarrollo Urbano y Hábitat del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires<sup>98</sup>, nos muestran los matices de la vulnerabilidad de estxs jóvenes a la exclusión social. Los principales obstáculos al momento del egreso según lxs jóvenes sin cuidados parentales entrevistadxs<sup>99</sup> son, por orden de relevancia: 1) no tener un lugar donde vivir, 2) las dificultades para acceder a trabajos dignos y 3) la falta de apoyo y contención.

Sólo el 27% de lxs jóvenes abarcados por el referido estudio tenía un lugar donde ir a vivir luego del egreso. El 36% vivió en más de 4 lugares. El 12%, luego del egreso, primero fue a vivir a una vivienda precaria (parador/ hogares de tránsito o habitaciones/pensiones de hotel).

La situación habitacional es tan precaria que 3 de cada 10 jóvenes refieren que estuvieron en algún momento en situación de calle luego del egreso. Además, un 14% terminó en situación de calle luego de egresar, por falta de opciones.

Los estudios sobre inclusión laboral juvenil indican que el acceso al mundo del trabajo tiene estrecha relación con el nivel educativo y con el capital social. En el caso de lxs jóvenes sin cuidados parentales, este capital debe ser construido y fortalecido desde el sistema de cuidados alternativo. Sin embargo el 62% de lxs jóvenes abandonan los estudios al momento del egreso de las instituciones. La mayoría cuenta con el secundario incompleto como máximo nivel educativo, y sólo un 17% accede a estudios terciarios y/o universitarios. El principal obstáculo para continuar los estudios es la falta de recursos económicos y la necesidad de contar con un trabajo para poder sustentarse, volviéndose así un círculo del cual es muy difícil salir si no se cuenta con apoyo. El segundo motivo es el habitacional, esto es, no tener un lugar donde vivir, directamente vinculado con su egreso.

---

<sup>96</sup> Se trata de una Asociación Civil cuyo principal objetivo es trabajar en el fortalecimiento de la autonomía de lxs ninxs, adolescentes y jóvenes sin cuidados parentales. Para más información consultar <http://doncel.org.ar>

<sup>97</sup> Primer colectivo de egresados de protección de argentina. Para mas informacion consultar <http://guiaegreso.com.ar>

<sup>98</sup> Se trata del “Proyecto de investigación sobre jóvenes en transición del sistema de protección hacia la autonomía. Aprendizajes sobre las trayectorias de jóvenes que vivieron bajo cuidado del Estado en CABA”, en prensa.

<sup>99</sup> Se trata de una muestra de 71 adolescentes y jóvenes. Representada por 66 % de mujeres y 34% de varones. El 39% de los encuestados tiene entre 18 y 21 años, el 32% entre 26 y 29 años, el 25% entre 22 y 25 años y un 3% tiene menos de 18 años.

Al momento del egreso muy pocos cuentan con empleo estable y el dinero no les alcanza para cubrir sus necesidades básicas.

Un relevamiento anterior (Doncel, Flacso y Unicef Argentina, 2015)<sup>100</sup> también arroja resultados similares, lo que se traduce en la falta de interés por parte del Estado en generar políticas públicas en pos de esta parte de la juventud más vulnerable.

Así, en 2015 los resultados de la investigación fueron los siguientes: el 44,9% ingresó al hogar convivencial entre los 13 y los 17 años, lo que demuestra que la mayoría de lxs niñxs y adolescentes sin cuidados parentales ingresan al sistema de cuidados alternativos al llegar a la adolescencia.

La mitad de lxs egresadxs entrevistadxs no recibió información sobre empleo y vivienda antes o después de egresar. Al irse del hogar la mayoría se sintió insegurx o con miedo. Entre lxs egresadxs, 1 de cada 3 regresó a la casa familiar luego del egreso y sólo la mitad continuó estudiando luego de dejar el hogar convivencial<sup>101</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 20 (OG 20), de 2016 sobre *La efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, sostuvo que “[h]ay pruebas contundentes de que permanecer durante estancias prolongadas en instituciones de gran tamaño y, aunque en grado mucho menor, estar sujeto a modalidades alternativas de cuidado, como acogimiento o atención en pequeños grupos, tiene un impacto desfavorable en los adolescentes. Esos adolescentes tienen un nivel educativo más bajo, dependen de la asistencia social y son más vulnerables a vivir en la calle, al encarcelamiento, a embarazos no deseados, a la paternidad prematura, al abuso de sustancias estupefacientes, a autolesionarse y al suicidio” (párr. 52).

Cabe resaltar que para aquellxs jóvenes sujetos al sistema de cuidados alternativos con algún padecimiento mental o con algún tipo de discapacidad, la situación del egreso es mucho más compleja aun, observándose un entrecruzamiento de vulnerabilidades. En este punto vemos que el Programa de acompañamiento nada prevé al respecto, dejando un vacío que consideramos tendrá que ser subsanado al momento de la implementación del mismo, teniendo en cuenta las especiales particularidades de aquellxs jóvenes atravesados por varias vulnerabilidades: no tener cuidado parental, ser menor de edad, pobreza y discapacidad. Alertando sobre esta situación, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho que “[a] aquellos con discapacidad se les suele negar la posibilidad

<sup>100</sup> La muestra estuvo constituida por un total de 69 adolescentes y jóvenes de diversos sexos, entre pre-egresados y egresados de las provincias de Buenos Aires, Tucumán, Santiago del Estero y Chaco.

<sup>101</sup> Unicef Argentina, Flacso y Doncel (2015), *Construyendo Autonomía. Un estudio entre pares sobre la transición a la vida adulta de jóvenes sin cuidados parentales*. Disponible en: [http://flacso.org.ar/wp-content/uploads/2015/11/Autonom%C3%ADa\\_resumen-ejecutivo\\_WEB.pdf](http://flacso.org.ar/wp-content/uploads/2015/11/Autonom%C3%ADa_resumen-ejecutivo_WEB.pdf) (fecha de consulta 11/4/18).

*de vivir una vida comunitaria y son trasladados a instituciones para adultos en las que corren un riesgo mayor de sufrir violaciones continuas de sus derechos”* (OG 20, párr. 52 última parte).

Y siguiendo con las vulnerabilidades, ¿cómo incide la obligada perspectiva de género en la implementación de la ley de egreso?, ¿las adolescentes y las jóvenes se enfrentan a situaciones de mayor especificidad en su transición a la vida adulta y, particularmente, en el acceso a la vivienda digna?, ¿cómo se interpretaría el cruce entre la ley de egreso y la ley nacional N° 26.485 de protección integral a las mujeres, a la luz de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer? En definitiva, los interrogantes continúan y, más allá que los mismos exceden el objeto de la presente pronuncia, hemos optado por visibilizarlos para poder exponer la problemática en toda su complejidad.

#### **4.2.- Políticas que tienen como objeto el acceso a la vivienda**

¿La obligación de proporcionarse una vivienda es del/a joven? La respuesta es, a todas luces, negativa. ¿Qué políticas públicas existen actualmente para resolver la cuestión? ¿Cuál es la posibilidad de acceder a una vivienda digna? Aquí entraríamos a analizar la segunda parte del art. 14.

En suma, ¿qué medidas prevé la ley N° 27.364 para facilitar el acceso a la vivienda de lxs jóvenes sin cuidados parentales? El citado artículo establece que el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación **debe implementar políticas destinadas a otorgar facilidades en materia habitacional**<sup>102</sup> a lxs jóvenes sin cuidados parentales, entre los que podrá incluir:

**a) Sistemas habitacionales con condiciones edilicias, instalaciones y equipamiento apropiados:** es lo que se conoce como pisos asistidos o casas de medio camino, como el nexo entre el hogar convivencial y la vida independiente, se trata de un pre-egreso lo que implicaría estar dentro de la segunda etapa del acompañamiento que prevé el art. 7 de la ley. Allí aprenden a administrar una casa; realizar las comprar, cocinar, lavar, gestionar el dinero. Son procesos de adquisición progresiva de autonomía para llegar a independizarse. De esta manera se busca que lxs jóvenes puedan comenzar a construir un hogar después de haberle sido negada esa posibilidad durante su infancia.

Al tiempo que se escribe esta ponencia solo en la provincia de Tucumán se está por llevar adelante la primera casa de medio camino para jóvenes sin cuidados parentales del país<sup>103</sup>.

**b) Sistema de créditos para la compra y alquiler de viviendas:** Por el momento los programas existentes son: 1) en la Ciudad Autónoma de Buenos

<sup>102</sup> El destacado nos pertenece.

<sup>103</sup> Información disponible en <http://comunicaciontucuman.gob.ar/2017/02/la-provincia-es-pionera-en-implementar-casas-de-medio-camino/> (fecha de compulsu 11/4/18)

Aires, el Programa “Alquilar se puede” del Banco Ciudad que ofrece facilidades para acceder al alquiler de una vivienda. Analizados los requisitos<sup>104</sup> que se exigen para poder ser beneficiarix de dicho programa, observamos que la población altamente vulnerable a la que nos estamos refiriendo no podría cumplir con ellos (desde contar con DNI, hasta un trabajo en blanco para acreditar ingresos o en su defecto un ahorro previo o hacer una presentación conjunta con algún familiar -padre o madre-).

2) A nivel nacional, existe el Programa “Procrear Ahorro Joven” del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación. En este caso los requisitos que se exigen para inscribirse en el sorteo tampoco resultan accesibles para lxs jóvenes sin cuidados parentales (entre ellos, tener ingresos entre \$17.720 y \$35.440)<sup>105</sup>.

Por lo que podemos concluir que aún no hay desde el propio Estado garantía de acceso a una vivienda digna para lxs jóvenes sin cuidados parentales.

### **4.3.- Análisis del presupuesto 2018 destinado a vivienda**

Hay que tener presente que lxs jóvenes que egresan de la protección del Estado son, ante todo, jóvenes cuya transición a la vida adulta se produce a una edad mucho menor de lo habitual, pero que, obviamente, se ven afectados por las mismas condiciones socioeconómicas y por las políticas de juventud, aunque careciendo de determinados requisitos y apoyos.

Al analizar el presupuesto nacional contemplado para las áreas del Ministerio de Desarrollo Social y del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, en consonancia con el art. 14 de la ley N° 27.364, se observa que, pese a que la ley fue sancionada en el 2017 previo a la votación del presupuesto nacional<sup>106</sup>, no se encuentra contemplado el Programa de Acompañamiento para el Egreso de Jóvenes sin Cuidados Parentales ni, específicamente, lo que hace a políticas de accesibilidad a la vivienda para este sector de la población.

Tan obvio como preocupante es la situación relativa a que no esté contemplado el presupuesto para la implementación del Programa. Sabido es que no se puede llevar adelante ni eficaz ni eficientemente una política pública con presupuesto cero. El Comité de los Derechos del Niño en la mencionada OG 20 sostuvo que “[l]os Estados deben asumir el firme compromiso de ayudar a los adolescentes sujetos a modalidades alternativas de cuidado y de invertir más recursos en ello” (párr. 53). Concluyendo que “[l]os adolescentes que se preparan para abandonar el sistema de cuidado alternativo necesitan ayuda para

<sup>104</sup> Información disponible en <https://alquilarsepuede.buenosaires.gob.ar/requisitos> (fecha de compulsión 11/4/18)

<sup>105</sup> Información disponible en <https://www.argentina.gob.ar/procrear/ahorrojoven> (fecha de compulsión 11/4/18)

<sup>106</sup> Aprobado mediante ley nacional N° 27.431, en fecha 27/12/17. Se puede consultar aquí <https://www.minhacienda.gob.ar/onp/presupuestos/2018> (fecha de compulsión 2/4/18)

*preparar esa transición, tener acceso a empleo, vivienda y apoyo psicológico”* (párr. 54).

Finalmente, cabe recordar que es doctrina de nuestra Corte Federal, ante la invocación por parte del Estado de limitaciones presupuestarias en materia de vivienda, que *“el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos”* (CSJN, fallos 335:452).

## **5.- Breve cierre a modo de conclusión**

Vivir bajo protección del Estado es algo excepcional, como así también trabajar y ser independiente a los 17 o 18 años, entonces ¿por qué se les exige esto a lxs jóvenes sin cuidados parentales? quienes , de acuerdo a lo expuesto, necesitan mayor protección y mayor acompañamiento, dado que además sufren cierta estigmación social, tienen mayor riesgo de exclusión social, en cuanto a recursos materiales y personales, por haber transitado parte de su vida en un hogar de cuidado.

Por ello, este tipo de medida legislativa, como la analizada, sin lugar a dudas contribuye a fortalecer el sistema de protección para garantizar las posibilidades de lxs jóvenes en su transición a la vida adulta. De esta manera, ofrece alternativas a la juventud más vulnerable, a la par que redundan en la formación de sociedades más justas, equilibradas y próximas a planteamientos de sostenibilidad social, que no sólo articulen medidas en torno a la protección, sino que trabajen por el autovalimiento y el reconocimiento de lxs jóvenes como inversión social. Aún queda por hacer, pero hemos comenzado a recorrer el camino.

## **Bibliografía**

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2013), *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54/13.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & MOLINA DE JUAN, Mariel (2015), “La protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial Argentino”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 2, febrero 2015, [www.idibe.org](http://www.idibe.org).
- PELLEGRINI, María Victoria (2018), “Autonomía progresiva y protección de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito patrimonial”, en Grosman,

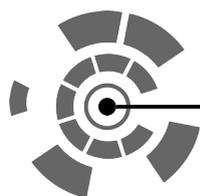
Cecilia (directora), *Derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes y en especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo*, (inédito, en prensa desde febrero 2018).

UNICEF ARGENTINA Y SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (2014), *Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina*. Disponible en [https://www.unicef.org/argentina/spanish/PROTECCION\\_Relevamiento\\_SinCuidadosParentales2015.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/PROTECCION_Relevamiento_SinCuidadosParentales2015.pdf) (fecha de consulta 4/4/17)

UNICEF ARGENTINA, FLACSO Y DONCEL (2015), *Construyendo Autonomía. Un estudio entre pares sobre la transición a la vida adulta de jóvenes sin cuidados parentales*. Disponible en: [http://flacso.org.ar/wp-content/uploads/2015/11/Autonom%C3%ADa\\_resumen-ejecutivo\\_WEB.pdf](http://flacso.org.ar/wp-content/uploads/2015/11/Autonom%C3%ADa_resumen-ejecutivo_WEB.pdf) (fecha de consulta 4/4/17)

# **Diálogo de fuentes en la relación alimentaria entre niños, niñas, adolescentes y sus abuelxs personas mayores.**

## **Una actividad necesaria en la investigación jurídica**



*Florencia Vazzano*  
(UNICEN)

### **Resumen:**

El presente trabajo aborda la relación alimentaria que tiene como beneficiarxs a lxs niños, niñas, adolescentes, y como obligadxs a sus abuelxs que son personas mayores. Se trata de una interacción conformada por sujetxs que se encuentran en los extremos de la vida, quienes muchas veces transitan situaciones de vulnerabilidad en razón de la edad.

El Derecho de Familias construye la relación de alimentos en función de las necesidades de lxs niños, niñas, adolescentes y de las posibilidades económicas de sus ascendientes; elementos que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional se traducen en derechos humanos de ambxs sujetxs. Las complejidades que presenta la vinculación requieren de su estudio mediante el diálogo entre las fuentes involucradas, en contraste con la realidad social y los valores en juego. Ello constituye tarea necesaria en la investigación jurídica, pues da cuenta de la visión de conjunto que han de obtener lxs científicxs del Derecho para alcanzar resultados valiosos para la comunidad científica y la sociedad. Ello es posible mediante la consideración superadora de las particularidades de las ramas y sus fuentes, y el análisis de los denominadores comunes que presentan las mismas (Ciuro Caldani, 1999). La complejidad del mundo jurídico reclama la realización de operaciones de relacionamiento de unas fuentes con otras (Sozzo, 2017); en relación a la función legislativa en aras de conservar la armonía dentro del sistema jurídico; en relación a la función judicial, a los fines de lograr una aplicación razonable y valiosa para lxs destinatarixs de la decisión. Ahora bien, la ciencia jurídica también requiere del diálogo de fuentes, en cuanto permite contemplar los problemas del Derecho evitando reduccionismos arbitrarios. De allí que el presente trabajo

exhibe la importancia de esta actividad a la luz de los resultados obtenidos en la investigación sobre la relación de alimentos entre niños, niñas, adolescentes y abuelxs personas mayores.

## 1.- Introducción a la temática

El presente trabajo aborda una de las principales vinculaciones intrafamiliares receptadas por el mundo jurídico entre nietxs y abuelxs: **la relación alimentaria**. De la diversidad de interacciones intergeneracionales que presenta la misma, en esta ponencia se efectúa un análisis de aquella que se integra con niños, niñas, adolescentes<sup>107</sup>, como beneficiarixs de los alimentos, y con personas mayores<sup>108</sup>, como obligadas al cumplimiento de la prestación. A los fines de su abordaje se emplea la expresión “relación alimentaria”, en lugar de “obligación de alimentos” o “deber alimentario”-términos tradicionalmente utilizados por las normas y por la ciencia del Derecho para denominar a este instituto-, considerando que no se trata simplemente de una obligación o un deber jurídico, y tampoco exclusivamente de un derecho subjetivo, sino de una verdadera vinculación entre personas unidas por lazos de sangre o por la socioafectividad, donde se observan conductas recíprocas e intercambio de valores, en virtud de la solidaridad familiar. El deber-derecho alimentario trasciende los contenidos de las normas jurídicas, presentándose como una interrelación intersubjetiva que merece también su atención desde la realidad social y desde los valores involucrados<sup>109</sup>. Asimismo, es necesario destacar que, a los efectos del análisis de la temática, no importa la relación jurídica en sí misma, sino las “personas” que la integran, considerando que constituyen el centro de interés del mundo del Derecho (Lloveras-Salomón, 2009). En ese marco, lxs investigadorxs jurídicos han de brindar respuestas que reflejen los problemas y/o situaciones que atraviesan “lxs sujetxs” o “grupos” en sus diversas interacciones. En consonancia con la propuesta del integrativismo tridimensional de la teoría trialista (Goldschmidt, 1996), la *persona* interesa en función de las adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de todo aquello que beneficia o perjudica su vida en sus distintos despliegues, lo cual es captado por el orden normativo. Asimismo, importa cada sujetx en función de sus posibilidades de personalización, a partir de la concesión de una esfera de libertad necesaria que le permita alcanzar esa finalidad (Ciuro Caldani, 2010). A diferencia de lo que sucede si se adoptan los postulados de la teoría de Hans Kelsen, donde la *persona* aparece como una construcción artificial, entendida como un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues

<sup>107</sup> En adelante NNA.

<sup>108</sup> En adelante PM.

<sup>109</sup> La perspectiva filosófica desde la cual se afirma la necesidad del análisis desde las normas jurídicas, la realidad y los valores es aquella que propone el integrativismo tridimensional de la teoría trialista de Werner Goldschmidt, creada en 1960 en su obra “Introducción filosófica al Derecho”.

de normas y de imputaciones (Kelsen, 1986).

Lxs sujetxs que integran la relación que se aborda pertenecen a etapas distintas de la vida; a diferentes generaciones. En otras palabras, se entabla con personas de dos grandes grupos de edad o sectores de la población: quienes se ubican en una etapa vital inicial, y quienes transitan la última etapa de la vida. En relación a la abuelidad, las diferentes realidades familiares de la postmodernidad reflejan los roles que desempeñan abuelxs que transitan su vejez, que en muchas ocasiones se encuentran enérgicxs, incluso activxs laboralmente, producto de la mayor expectativa de vida y de su mejor calidad; así como también, en el otro extremo, se observa la participación de abuelxs que son personas jóvenes, que llevan adelante el cuidado, crianza y/o alimentación de sus nietxs menores de edad. A los fines del estudio de la relación alimentaria entre lxs NNA y sus abuelxs, se vincula la temática de la abuelidad con la etapa de la vejez y se emplea la expresión “abuelxs mayores” o “personas mayores” para hacer referencia a un mismo grupo etario. No obstante, es necesario aclarar que no debe equipararse el término “abuelo”, “abuela”, al de “personas mayores”, considerando que la realidad social actual muestra un conjunto cada vez más amplio de casos integrados por la triada NNA-progenitorxs adolescentes-abuelxs jóvenes.

Por NNA, se entiende a las personas menores de 18 años de edad, conforme el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>110</sup>. Dicha franja etaria abarca distintas etapas vitales, es decir, un primer período denominado *infancia*, desde el nacimiento hasta los 5 años de edad, aproximadamente, en que se pasa de la lactancia y de la fase de bebé a la etapa preescolar; luego un período que se ha denominado como *niñez media*, desde los 6 o 7 años de edad, en que comienza la etapa escolar; luego la *adolescencia*, a partir de los 13 años de edad, aproximadamente<sup>111</sup>. En las primeras etapas señaladas, las personas aparecen como sujetxs absolutamente dependientes del comportamiento y de las decisiones de su familia (sus progenitorxs como principales obligadxs u otrxs adultxs responsables encargadxs de su cuidado). En este período del curso vital la alimentación resulta primordial para asegurar la supervivencia de toda persona; lo que ocurre durante los primeros años tiene una importancia trascendental para el desarrollo físico y psíquico de los seres humanos, incluso, para generar su capacidad para relacionarse con su entorno (Hidalgo García-Sánchez- Lorence, 2008). En la etapa de la adolescencia, las personas gozan de mayor autonomía, en virtud de lo cual pueden adoptar decisiones propias y desarrollar conductas que no requieren de la intervención de otrxs sujetxs; no obstante, la obligación alimentaria a cargo de sus progenitorxs y otrxs parientes se mantiene en pos de asegurar su desarrollo madurativo, así como la satisfacción de las necesidades

---

<sup>110</sup> En adelante CDN.

<sup>111</sup> Sin perjuicio de que puede variar la denominación de cada una de las etapas de acuerdo a los diferentes autores. Véase RUIZ (2005). El autor toma como inicio de la etapa de la adolescencia la edad de 14 años; no obstante, se hace referencia a la edad de 13 años receptada por el CCyC.

propias de esa etapa vital, especialmente de instrucción y esparcimiento.

Por PM se entiende a quienes tienen 60 años de edad en adelante, conforme el art. 2° de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Dentro de este grupo etario se suele diferenciar a las personas que se encuentran en la *vejez inicial o incipiente* (entre los 60 y 69 años de edad, aproximadamente), etapa en la cual muchas de ellas permanecen activas, en cuanto, no se han retirado del mundo laboral, y conservan en general buenas condiciones de salud; la *vejez intermedia* (entre los 70 y 84 años de edad, aproximadamente), en la cual casi todas las personas han salido del mercado laboral, con excepción de los supuestos en que continúan realizando tareas por cuenta propia; y la *vejez avanzada*, conformada por personas de más de 85 años de edad, en la cual los problemas de salud se agravan y por ende, se reduce la esperanza de vida (Ruiz, 2005).

En ambos casos, se trata de sujetos que ubicados en los extremos del curso vital, que suelen transitar situaciones de vulnerabilidad en razón de la edad<sup>112</sup>. En el caso de las NNA en cuanto personas en desarrollo, han permanecido históricamente en una posición de subordinación respecto del mundo de los adultos; y en el supuesto de las PM, en tanto individuos que han transcurrido la mayor parte de su vida -calificada muchas veces como marginal-, sufren la discriminación proveniente del resto de los integrantes de la comunidad (Feito, 2007). En suma, la relación alimentaria que se integra con estos grupos etarios presenta ciertas particularidades que la diferencian de aquellas que se entablan con personas que pertenecen a otras generaciones. Este trabajo aborda la temática visibilizando la interacción entre las fuentes formales implicadas, a los fines de resaltar la importancia del diálogo entre las mismas dentro de la investigación jurídica, en contraste con la realidad social y los valores en juego.

## **2.- Especialidades y complejidades de la relación alimentaria entre las NNA y sus abuelos mayores: diálogo de fuentes**

Tradicionalmente la fuente formal por excelencia del Derecho Privado ha sido el Código Civil vlezano, con sus modificaciones posteriores que lo actualizaron a las nuevas demandas de justicia. A finales del S. XX, el proceso de publicización y de constitucionalización del Derecho Privado, trascendió al Código derogado perdiendo éste su fuerza como fuente formal predominante, pues la Constitución Nacional comenzó a ocupar un lugar preponderante dentro del complejo jurídico (Chaumet, 2005). Ello en razón de las carencias históricas y dogmáticas que presentó el Código frente a las nuevas realidades imperantes

---

<sup>112</sup> La condición especial de las NNA y de las PM ha sido reconocida en “Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”, donde se contempla la edad entre las causas de las vulnerabilidades que padecen ciertas personas o grupos de personas (regla 4°).

y a las exigencias axiológicas, así como también, en virtud del fenómeno de descodificación que se instaló por la sanción de numerosas leyes especiales<sup>113</sup>. Ante la pluralidad de fuentes formales y una realidad que requirió de nuevas respuestas jurídicas que se adapten a las demandas actuales se sancionó el Código Civil y Comercial<sup>114</sup>. Hoy este cuerpo normativo se integra al complejo de fuentes en un intento de alcanzar armonía dentro del sistema. En los fundamentos del Anteproyecto se expresa que “*existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*”. Asimismo, se indica que “*innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado*”<sup>115</sup>. De conformidad con estos argumentos, el funcionamiento del Derecho Privado requiere de un necesario diálogo de fuentes<sup>116</sup> que conduzca a la búsqueda de soluciones valiosas para las personas, y cuyo criterio orientador siga las premisas esbozadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Todos los problemas que se abordan desde el mundo jurídico “*deben ser analizados desde una perspectiva que parta de considerar al sistema en el contexto de una cultura jurídica atravesada por la revalorización de los derechos humanos*” (Krasnow-Iglesias, 2017: 5). Esto genera para los operadores del Derecho el desafío de afianzar el principio pro homine (Krasnow-Iglesias, 2017). El CCyC se instala en sintonía con estas exigencias; ello surge de la fundamentación del Anteproyecto, en cuanto se señala que “*es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores*”<sup>117</sup>.

Asimismo, la necesidad del diálogo se deriva de los arts. 1º y 2º del capítulo “Derecho”, del Título Preliminar del mismo Código, los cuales establecen que los casos no se rigen exclusivamente por la legislación civil y comercial, sino por distintas normatividades provenientes de diversas áreas del mundo jurídico. En ese marco, su interpretación y resolución requiere de la tarea de armonización entre el CCyC y la Constitución Nacional e instrumentos internacionales sobre derechos humanos en los que la República es parte. De este modo, “*el Código Civil y Comercial inaugura su texto con un articulado que constituye su columna vertebral (...) Este primer artículo coloca al CCyC en su justo lugar; ser parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales: 1) sentar las bases axiológicas sobre*

<sup>113</sup> Para mayor información véase RIVERA (2014).

<sup>114</sup> En adelante CCyC.

<sup>115</sup> Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo\\_civil\\_comercial.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf).

<sup>116</sup> La teoría del diálogo de fuentes fue desarrollada por el profesor Erik Jayme, en un curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1995. Sozzo, (2017).

<sup>117</sup> Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo\\_civil\\_comercial.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf).

*las cuales se estructura el CCyC; 2) servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes (...)*” (Herrera-Caramelo, 2015: 5).

En esa dirección, Miguel A. Ciuro Caldani ha expresado lo siguiente: *“El Código Civil y Comercial se instala en clara diferencia con el espíritu “autonomizador” de subsistema casi cerrado del Derecho Privado que imperaba hace unas décadas. Se ubica en correspondencia con la tendencia de los neoconstitucionalismos originada sobre todo a partir de la “segunda posguerra” mundial y la constitucionalización del Derecho Privado”* (Ciuro Caldani, 2015: 180).

El CCyC ya no es sinónimo de sistema autosuficiente, sino por el contrario, de carácter abierto y flexible, teniendo en cuenta que el Derecho de Familias se compone hoy de una pluralidad de documentos que exceden al Código y que incluso, provienen del campo del Derecho Público, en especial, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Sozzo, 2017). *“La mayor complejidad del sistema del Derecho Privado es el resultado de la mayor complejidad del “entorno”. Es decir, sociedades más complejas y plurales generan sistemas legales también más complejos en los que los asuntos no tienen un solo enfoque (...)*” (Sozzo, 2017:227).

El capítulo “Derecho” del CCyC da cuenta de la necesidad de construir el fenómeno jurídico como un sistema, donde sus fuentes no se encuentren aisladas sino interconectadas entre sí (Ciuro Caldani, 2015). Lxs legisladorxs han dejado expresamente asentado que la interpretación y la resolución de los casos requieren del diálogo de fuentes provenientes de diversas áreas jurídicas. El Código se aleja del criterio seguido por los antiguos arts. 14 y 16, relativos al “espíritu de la ley”, para pasar a referir al Derecho como un todo (Krasnow-Iglesias, 2017), propiciando de este modo el marco para el desarrollo de una teoría general del Derecho, comprensiva de lo común y de lo abarcativo de las ramas jurídicas (Ciuro Caldani, 1999).

En suma, la relación alimentaria integrada por lxs NNA y sus abuelxs se encuentra receptada por un complejo de fuentes de diversa jerarquía, así como también por principios y valores jurídicos que tienden a la protección de las “personas” y de sus derechos inherentes<sup>118</sup>. Dicha interacción se proyecta normativamente con miras a la satisfacción plena e integral de las necesidades de lxs NNA, en tanto personas en plenas etapas de crecimiento y desarrollo

---

<sup>118</sup> En particular, respecto de los principios, rigen en la temática la solidaridad familiar, el interés superior de lxs NNA, la especialidad en la protección de los derechos de las PM, la protección integral de la familia. En cuanto a valores jurídicos, se entiende que confluyen en la relación estudiada, el valor vida, salud, igualdad, libertad, dignidad, solidaridad, justicia y humanidad. Asimismo, que convergen valores que no son jurídicos, es decir, que pertenecen a disciplinas o sistemas ajenos al Derecho, pero que no obstante interactúan con el mismo, tales como la educación, el amor, y la utilidad (Ciuro Caldani, 1993).

madurativo. El art. 27 de la CDN no sólo consagra su derecho a un nivel de vida adecuado, en el inc. 1º, sino también el derecho a que ello sea proporcionado por sus progenitorxs u otrxs responsables, en el inc. 2º. La ley 26.061 en su art. 8º establece que: “*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida*”; y en su art. 7º, “*consagra a la familia como el ámbito preferente de desarrollo de todo niño o adolescente (...) dejando para el Estado y la sociedad en su conjunto un lugar subsidiario al que acudir en auxilio de la familia y el niño en situaciones de crisis*” (Ballarin-Rotonda, 2006: 11). Surge de las disposiciones un principio de responsabilidad prioritaria de la familia (nuclear y ampliada) que exige asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías de lxs NNA<sup>119</sup>.

El sistema jurídico ha adoptado el criterio en virtud del cual prevalecen los derechos de quienes transitan la niñez y la adolescencia por sobre aquellos que corresponden a lxs adultxs de su familia. El art. 3º de la ley 26.061 expresa que: “*Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*”. El Derecho ha inclinado la balanza a favor de las personas que se encuentran en plenas etapas de crecimiento y desarrollo madurativo, estableciendo su protección preferente frente a otrxs sujetxs del mundo jurídico. El interés superior de lxs NNA en su triple interpretación (Comité de los Derechos del Niño, 2013), tiene jerarquía en relación al de las personas que integran su familia; y además, es el “mejor” interés que les corresponde, es decir, aquel que beneficia en mayor medida su vida y su desarrollo personal (Lloveras, 2015).

Desde la jurisprudencia se ha dicho que lxs progenitorxs, y en su caso, lxs abuelxs “*(...) deben arbitrar todos los medios necesarios para que los menores tengan la mejor calidad de vida dentro de las posibilidades familiares. Esa mejor calidad de vida no implica sólo bienestar económico, sino también una vida familiar armónica, donde reine el respeto, el cariño por los padres y abuelos y la protección tanto material como moral y espiritual de los niños*”<sup>120</sup>. Según el marco descripto, lxs abuelxs forman parte de lxs sujetxs jurídicamente obligadxs a proporcionar todo aquello que conlleve a garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado de lxs NNA; sin perjuicio de que su responsabilidad es subsidiaria, es decir, que nace ante la falta de cumplimiento de lxs progenitorxs como principales obligadxs. El art. 537 del CCyC indica que: “*Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a. los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente lo más próximos en grado (...)*”<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Es necesario aclarar que cuando las familias no pueden cumplir aquel rol prioritario, es el Estado quién debe asistirles para que puedan asumir dicha responsabilidad.

<sup>120</sup> CCivCom., de Paz y Tribut., Sala Segunda, Mendoza, 12/02/2008, “B.L.Y s/ Alimentos”, *Microiuris*, MJ-JU-M-26032-AR.

<sup>121</sup> La negrita se resalta en este trabajo.

El CCyC se hace eco del principio de protección “especial” de los derechos de lxs NNA que deviene como exigencia de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como de las interpretaciones y/o expresiones vertidas por los distintos organismos internacionales. La mirada especial que ofrece el cuerpo normativo se observa, por un lado, a partir de la flexibilización procesal comprendida en el art. 668, el cual consagra que: “*Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título sobre parentesco, debe acreditarse verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado*”. Por otro lado, la especialidad en la protección se refleja mediante la inclusión del rubro educación dentro del contenido del deber de alimentos a cargo de lxs parientes, previsto en el art. 541: “*La prestación alimentaria comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición de que la recibe (...). Si el alimentado es una persona menor edad, comprende además, lo necesario para la educación*”<sup>122</sup>. Estas especialidades incorporadas por el CCyC en beneficio de lxs NNA contribuyen a la **accesibilidad** de su derecho humano a la alimentación y a la calidad de vida, pues, la facultad para reclamar alimentos a lxs abuelxs y progenitorxs conjuntamente, así como la posibilidad de acreditar *verosímelmente* las dificultades para cobrar los alimentos a cargo del/la otrx progenitxr, impiden que criterios jurisprudenciales rígidos y formalidades innecesarias operen como obstáculos en el acceso al derecho a un nivel de vida adecuado de lxs NNA. Lo mismo sucede con la incorporación de las necesidades de educación dentro del contenido de la obligación en cuestión, en cuanto ello evita que la aplicación de criterios restrictivos conduzca al rechazo de tal solicitud. De este modo, se ha contribuido a la seguridad jurídica *en el acceso* al derecho humano a la educación.

Cecilia Grosman (1996) 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; y que se implementen estrategias de control judicial y social que garanticen la efectividad de la prestación. La autora ha indicado también que si la razón de ser de los derechos de lxs NNA es asegurar sus necesidades básicas, debe pensarse en los modos en que tales exigencias serán tuteladas. No basta con una enumeración de los derechos, sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad. Es decir, imaginar los mecanismos para garantizarlos, tanto desde el punto de vista asistencial como desde su protección jurisdiccional (Grosman, 1993).

Ahora bien, en el otro extremo de la vinculación intergeneracional estudiada se encuentran lxs abuelxs que son PM. Es necesario destacar que

---

<sup>122</sup> La negrita se resalta en el presente texto.

tanto el art. 27 de la CDN como los arts. 537 y 541 del CCyC refieren a las “posibilidades económicas de la parte alimentante”, siendo esta una condición necesaria para que prospere la relación alimentaria en un marco equitativo. La primera de las disposiciones establece que: “*A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño*”. Por su parte, el art. 537 establece que “*los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos*”; y el art. 541 dispone que la prestación alimentaria se determina de conformidad con “*las posibilidades económicas del alimentante*”<sup>123</sup>. Esto significa que lxs jueces que intervienen en el proceso de alimentos deben evaluar las condiciones socio-económicas de quienes resultan demandadxs al pago de alimentos, tanto para la determinación del quantum de la cuota como para la procedencia o no de la acción.

Autores como Néstor Solari y Marcos Córdoba (1990) han expresado que la obligación debe extenderse a la necesidad en concurrencia con la posibilidad, teniendo en cuenta el vínculo existente entre alimentantes y alimentadxs. Jorge Mazzingui (1999), ha entendido que lxs obligadxs están en condiciones de afrontar su deber jurídico cuando ello no implica una disminución de la satisfacción de sus necesidades personales. Ha expresado el autor que “*nadie puede estar jurídicamente obligado a desatender sus necesidades básicas para cubrir la de los prójimos*” (Mazzingui, 1999: 628). Gustavo Bossert (1993), por su parte, ha indicado que en la obligación entre parientes no se puede avanzar sobre el modo de vida, los hábitos y, en definitiva, la libertad individual en la elección de sus actividades. De modo que, ante su carencia de trabajo o de otros recursos, no es posible sostener que el requerido deba hallar el modo de contar con ingresos para abonar alimentos. En sentido similar, Jorge Mosset Iturraspe (1995) ha dicho que debe considerarse de modo especial la situación económica de lxs abuelxs, a efectos de conciliar sus intereses con los de lxs NNA. Si bien éstxs merecen amparo, también es necesario brindar cuidado a quienes están en la tercera edad y sólo cuentan con escasos recursos. Asimismo, Claudio Belluscio, por su parte, ha expresado que “*habrá que tener en cuenta el caudal económico que posean los abuelos, pues si sólo perciben un haber jubilatorio de poca significación pecuniaria, no resulta adecuado reducirlo a través de una cuota que insuma gran parte de lo que perciben en tal concepto, teniendo en cuenta que siendo personas de edad avanzada no podrán procurarse otros ingresos fácilmente*” (Belluscio, 2009: 53).

De las premisas esbozadas surge que no puede desconocerse la protección especial de los derechos de las PM, en cuanto exigencia de justicia que ha llevado al dictado de normas y reglas de soft law que abordan de modo específico los problemas que se presentan en la última etapa vital, e incluso, que

---

<sup>123</sup> Las partes resaltadas con negrita se señalan en este presente trabajo.

ha justificado el reconocimiento del Derecho de la Vejez como área jurídica autónoma. Ello significa que la normativa del CCyC también ha de interactuar con las disposiciones convencionales y constitucionales y con el conjunto de reglas de soft law que reconocen derechos a su favor (tales como la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, los Principios de Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, la Proclamación sobre el Envejecimiento, la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas Mayores en el Área Iberoamericana, entre muchas otras).

Por lo tanto, el diálogo de fuentes que se plantea en este trabajo como parte de la investigación jurídica, requiere de criterios orientadores que permitan ordenar la pretendida armonización, efectuando a la vez, el necesario contraste con la realidad de los casos y los valores que imperan. En esta temática, dichos criterios-guía son el principio de solidaridad familiar y el interés superior de lxs NNA. En función de los mismos, se observa que las fuentes implicadas se inspiran en esos principios, cuyas interacciones procuran la satisfacción de los derechos de quienes transitan la niñez y la adolescencia. Luego, al realizarse el análisis desde los elementos sociológicos y axiológicos de los casos concretos que se extraen de los fallos judiciales surge lo siguiente: si existe un equilibrio entre las necesidades de lxs NNA y las posibilidades económicas de lxs abuelxs, es decir, que frente a las carencias de lxs primerxs, lxs segundxs cuentan con las condiciones para afrontar su deber, la respuesta jurídica que ha de primar es aquella que tiende a efectivizar dicha responsabilidad alimentaria. Por el contrario, si se observa que no existe tal equilibrio, porque lxs abuelxs son PM que no poseen los recursos económicos para alimentar a sus nietxs, la aplicación de la solidaridad familiar e interés superior de lxs NNA no puede desconocer que existe un principio de protección especial de los derechos de las personas que transitan la vejez, en cuanto criterio que se proyecta en las fuentes dedicadas a este sector de la población.

### **3.- Reflexiones finales**

El estudio de la interacción alimentaria entre lxs NNA y sus abuelxs PM desde el diálogo de fuentes, en contraste con la realidad social y sus valores revela que el mundo jurídico construye la mencionada relación en función de las necesidades de lxs NNA así como de las posibilidades económicas de sus ascendientes. Que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional ello se traduce en derechos humanos de ambxs sujetxs; en particular desde la mirada especial del Derecho de la Vejez, y de las normas y principios relativos a lxs NNA. La satisfacción de las necesidades de subsistencia, habitación, vestuario, asistencia médica y educación de lxs primerxs, contempladas en el art. 541 del CCyC, han de generar las condiciones

para un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, en los términos del art. 27 de la CDN. Las carencias y/o privaciones que sufren lxs NNA por ausencia de la función alimentaria que corresponde a sus progenitorxs y/u otrxs ascendientes implica la falta de oportunidades para un ejercicio pleno de sus derechos de supervivencia<sup>124</sup>, derechos al desarrollo<sup>125</sup>, y derechos de participación<sup>126</sup>.

En el otro extremo de la relación estudiada, la consideración de las posibilidades económicas de lxs abuelxs mayores exige tener en cuenta las situaciones en las que se encuentran durante la etapa de la vejez, sus eventuales vulnerabilidades y obstáculos en el ejercicio pleno de sus propios derechos humanos.

El diálogo entre las fuentes que confluyen en los casos requiere de criterios ordenadores que guíen la búsqueda de respuestas valiosas para las personas. Cuando los casos reflejan un equilibrio entre *necesidades y posibilidades* la interacción intergeneracional estudiada se desenvuelve según el marco esperado por lxs legisladorxs. En dichos supuestos, se aplica el criterio de consideración prioritaria de los derechos de lxs NNA por sobre los derechos de lxs abuelxs, ya que prima *el interés superior de lxs primerxs*. Sin embargo, la realidad social muestra un universo de casos donde no existe aquel equilibrio, porque lxs abuelxs mayores no cuentan con las condiciones socio-económicas para asumir su responsabilidad por encontrarse ante diversas situaciones que se presentan en la vejez. Dentro de las circunstancias más frecuentes se encuentran la insuficiencia de recursos propios para afrontar costosos tratamientos médicos, y/o adquirir medicamentos frente a ciertas enfermedades y/o patologías durante la vejez, sumado a los perjuicios provenientes del accionar de los agentes sanitarios (Estado, hospitales, medicinas prepagas, obras sociales, laboratorios, profesionales de la salud, etc.); disminución de los ingresos por haber ingresado a la etapa de jubilación, o por cese de la relación laboral por causa de su mayor edad; insuficiencia de recursos propios por los efectos negativos de los procesos inflacionarios, lo cual se traduce en una falta o disminución de la capacidad para consumir, acceder al crédito y, en general, para emprender. Por ende, la evaluación de las condiciones económicas de lxs abuelxs, no sólo constituye un requisito que se requiere para determinar sus posibilidades para alimentar, sino también, *una regla que manda a examinar cuáles son las situaciones en las*

<sup>124</sup> Quedan comprendidos dentro de esta categoría, los derechos relacionados con las necesidades de subsistencia material de lxs NNA (comida, vestimenta y un hogar donde vivir, esto último comprende el derecho a una vivienda digna) (Scherman, 2015).

<sup>125</sup> Quedan comprendidos dentro de esta categoría, los derechos relacionados con las necesidades educativas, de esparcimiento y recreación (Scherman, 2015).

<sup>126</sup> Quedan comprendidos dentro de esta categoría, los derechos relacionados con la inclusión dentro de los diversos ámbitos de la comunidad (culturales, educativos, artísticos, deportivos, de diversión, etc.). (Scherman, 2015).

*que se encuentran en la etapa de la vejez*; procurando de este modo, una mirada respetuosa de sus derechos humanos, pues, el debido cumplimiento del deber alimentario no puede afectar el pleno ejercicio, goce y disfrute de derechos que el orden normativo ha receptado a su favor.

La imposibilidad de las PM de proporcionar alimentos en virtud de la existencia de circunstancias adversas como las descritas en líneas anteriores, no debe interpretarse únicamente como incumplimiento de un deber jurídico, sino también, como un problema de acceso a sus derechos humanos.

Frente a las tensiones suscitadas, las respuestas jurídicas que se requieren para alcanzar soluciones valiosas consisten en el despliegue de ciertas conductas por parte de otrxs sujetxs ajensxs a la interacción estudiada. En otras palabras, se necesita que otrxs miembrxs del grupo familiar asuman su responsabilidad alimentaria a favor de lxs NNA, a los fines de satisfacer sus necesidades, y de auxiliar a lxs abuelxs que transitan su vejez. Dentro de las personas que han de actuar en su favor, en primer lugar se encuentran lxs progenitorxs de lxs NNA como principales obligadxs, pues son ellxs quienes deben realizar sus mayores esfuerzos para asumir su deber; en su caso, lxs integrantes de la familia ampliada que cuenten con las condiciones económicas: lxs otrxs abuelxs, bisabuelxs, en caso de existir, tixs, hermanxs; en su defecto, lxs progenitorxs afines en el marco de las familias ensambladas (art. 672, 673, 676 y concordantes del CCyC). Finalmente, si la familia de lxs NNA no puede cumplir su rol preferente se requiere de la intervención del Estado en todos sus niveles, en virtud de haber asumido obligaciones de cuidado hacia todas las personas que conforman la comunidad<sup>127</sup>. La intervención de todxs estxs sujetxs se proyecta como respuesta jurídica que surge del diálogo de fuentes, a los fines de satisfacer las necesidades de lxs NNA,- en cuanto sus derechos prevalecen-, pero también, a los efectos de cooperar con lxs abuelxs mayores que transitan aquellas dificultades económicas; e incluso, para proporcionarles condiciones de vida dignas y equitativas durante su vejez; siendo que respecto de éstxs también la familia, el Estado, y la sociedad poseen obligaciones de cuidado.

En suma, las respuestas que se brinden desde la ciencia jurídica frente a la identificación de posibles tensiones entre los derechos de lxs protagonistas de la relación alimentaria requieren de un abordaje que comprenda a todas las fuentes involucradas, en contraste con las particularidades sociológicas y dikelógicas de los casos; de lo contrario, se corre el riesgo de obtener soluciones recortadas, incompletas, insuficientes. Esto conduce a una pluralidad de nuevas tareas que deben darse en todos los ámbitos del mundo jurídico, las cuales consisten fundamentalmente en los juicios de ponderación, el control de constitucionalidad y convencionalidad y el diálogo de fuentes (Sozzo, 2017). En investigación jurídica, esto da cuenta de la visión de conjunto que han de obtener lxs científicxs del Derecho para alcanzar resultados valiosos para la comunidad

<sup>127</sup> Para mayor información véase Grosman (2004).

científica y la sociedad. Ello es posible mediante la consideración superadora de las particularidades de las ramas y sus fuentes, y el análisis de los denominadores comunes que presentan las mismas (Ciuro Caldani, 1999).

La complejidad del mundo jurídico reclama la realización de operaciones de relacionamiento de unas fuentes con otras (Sozzo, 2017). En relación a la función legislativa, en aras de conservar la armonía dentro del sistema jurídico; en relación a la función judicial, a los fines de lograr una aplicación razonable y valiosa para lxs destinatarixs de la decisión; en el ámbito de la ciencia jurídica para contemplar los problemas del Derecho evitando reduccionismos arbitrarios. En definitiva, tomando ideas desarrolladas por Immanuel Kant, el funcionamiento del Derecho y el desarrollo de la ciencia jurídica deben crear aquellas condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno pueda armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad (Kant, 2003).

## **Bibliografía**

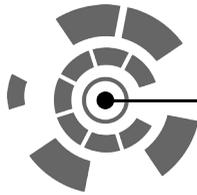
- CHAUMET, Mario (2005): “El Estado Constitucional y el Derecho Privado”, en Alterini-Nicolau (dir.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Buenos Aires: La Ley.
- BALLARIN, Liliana-ROTONDA, Adriana (2006): “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes: estudio comparativo de la ley nacional 26.061 y leyes provinciales”, *Derecho de Familia*, n° 35, nov-dic. 2006, p. 11.
- BELLUSCIO, Claudio (2009): *Alimentos debidos a los menores de edad*, Buenos Aires: García Alonso;
- BOSSERT, Gustavo (1993): *Régimen jurídico de los alimentos*, Buenos Aires: Astrea;
- CIURO CALDANI, Miguel A., (2015): “Nuevamente sobre el capítulo Derecho en el Código Civil y Comercial, *Investigación y Docencia*, N° 50, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. En <http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD%205010.pdf>
- (2010): “¿Convertirse en persona?”, *Derecho de Familia y de las Personas*, n° 1, 2010, p. 202.
- (1993), “Comprensión iusfilosófica de la equidad”, *La Ley, Actualidad*, 29/VI,
- (1999): “Lecciones de Teoría General del Derecho”, *Investigación y Docencia*, N° 32, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. En <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/issue/view/34/showToc>.

- CÓRDOBA, Marcos-SOLARI, Néstor (1990): “Nuevas normas legales rigen la materia alimentaria, *L.L.*, 1990-C-997.
- FEITO, Lydia (2007): “Vulnerabilidad”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, N° 30, 2007. En <http://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v30s3/original1.pdf>, p. 7.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1996): *Introducción filosófica al Derecho*, Buenos Aires: Depalma.
- GROSMAN, Cecilia, P. (1996): “El derecho infraconstitucional y los derechos del niño”, *ponencia presentada en el Congreso internacional sobre la persona y el derecho en el fin de siglo*, Santa fe, 1996.
- (2004): “Alimentos a los hijos y derechos humanos. La responsabilidad del Estado”, en Grosman, Cecilia P, (direct.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Buenos Aires: Universidad
- (1993): “Significado de la Convención sobre los Derechos del niños en las relaciones de familia”, *L.L.*, 1993-B, 1089.
- GARCÍA-SÁNCHEZ-LORENZE (2008): “Procesos y necesidades de desarrollo durante la infancia”, *Revista Internacional de Investigación e Innovación Educativa*, Vol. 10, 2008. En <http://www.uhu.es/publicaciones/ojs/index.php/xxi/article/view/503/727>.
- HERRERA, Marisa- CAMELO, Gustavo-PICASSO, Sebastián (2015): *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires: Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;
- KANT, Immanuel (2003): *Crítica de la razón práctica*, Buenos Aires: Losada;
- KELSEN, Hans (1986): *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires;
- KRASNOW, Adriana-IGLESIAS, Mariana (2017): “El Derecho de las Familias y de las Sucesiones en el sistema de fuentes interno”, en Krasnow-Iglesias (dir.), *Derecho de las Familias y las Sucesiones*, Buenos Aires: La Ley;
- LLOVERAS, Nora (2015): “La perspectiva de derechos humanos en las relaciones de familia e infancia”, en Fernández, Silvia (dir.), *Tratado de Derecho de Niños, Niñas, Adolescentes*, Buenos Aires: Abeledo Perrot;
- LLOVERAS, Nora-SALOMÓN, Marcelo (2009): *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Universidad;
- MAZZINGUI, Jorge A. (1999), *Derecho de Familia*, Buenos Aires: Depalma;
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1995): “El Derecho de Daños y el ciudadano mayor dependiente”, *L.L.*, 1995-A, 688.
- RIVERA, Julio C,-MEDINA, Graciela (dir.) (2014), *Código Civil y Comercial*

*de la Nación comentado*, Buenos Aires: La Ley.

- RUIZ, Juan, F. (2005): “Los factores definatorios de los grandes grupos de edad de la población: tipos, subgrupos y umbrales”, *Revista de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. IX, N°. 190, 2005. En <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-190.htm>.
- 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, Silvia (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SOZZO, Gonzalo (2017): “El diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor Argentino”, <http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2017/4355.pdf>. Extraído el 10/4/2018.

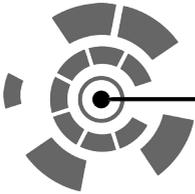




# **derecho internacional público y derechos humanos**



## **La responsabilidad extraterritorial de los Estados frente a las violaciones de Derechos Humanos cometidas por Empresas.**



*Lucas Ezequiel Costabel y*

*Federico Augusto Leiva*

(UNS)

### **Resumen:**

En el mundo globalizado de hoy, las empresas transnacionales no reconocen límites. La posibilidad de funcionar en distintas jurisdicciones simultáneamente les permite actuar sin ningún tipo de control jurídico y consecuentemente evitar sufrir consecuencias por los daños que generan. Además, la magnitud del apoyo político y económico que ciertos Estados brindan a sus empresas para promover sus operaciones en el extranjero, genera situaciones en las que éstas alcanzan un poder incluso superior al de los Estados donde realizan sus actividades, potenciando tanto el daño como la impunidad.

En definitiva los Estados de origen no suelen fiscalizar las actividades que sus empresas realizan fuera de su territorio, pero sí promoverlas y beneficiarse de ellas. Por otro lado, las debilidades jurídico-institucionales de los Estados huéspedes suelen ser aprovechadas por empresas de bandera extranjera para mantener impune la perpetración de violaciones de Derechos Humanos. Desde ambos frentes, los perjudicados son siempre los mismos, las víctimas.

A raíz de esto, es necesario que los Estados de origen tengan herramientas efectivas de fiscalización y control sobre las operaciones de sus empresas en el extranjero, y que adopten medidas que permitan el acceso a la justicia de aquellos que ven afectados sus derechos. No obstante, la realidad muestra que

los Estados de origen rechazan las demandas presentadas contra sus propias empresas por su actuación en terceros países. En este marco, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de sus órganos de control, puede generar incentivos que colaboren a combatir esta problemática.

Por esta razón, y en miras de una real y efectiva protección de los Derechos Humanos, este trabajo señala a la influencia decisiva como el supuesto que permite determinar la responsabilidad internacional de un Estado frente a tribunales internacionales, por las violaciones de Derechos Humanos que cometen sus empresas públicas y privadas que operan en el extranjero.

## **1.- Introducción**

A partir de la segunda mitad del siglo XX, las empresas se han instalado como un actor internacional más y han generando emprendimientos de gran escala, tanto dentro de los países donde se originaron, como en terceros países, a partir del establecimiento de filiales. Esta metodología ha sido, y sigue siendo promovida tanto por los Estados de origen de las empresas, con el objetivo de aumentar su poderío económico y político global, como también por los Estados huéspedes de las empresas, que ven en ellas la posibilidad de generar el desarrollo que les permita industrializarse, y lograr el crecimiento socioeconómico necesario para combatir el desempleo y la pobreza, dando una mejor calidad de vida a sus habitantes. En este escenario es que los Estados de origen han promovido la actividad empresarial más allá de sus fronteras, ya sea desde su rol como accionistas mayoritarios, así como otorgando incentivos y financiamientos a éstas para que logren instalarse en el mercado mundial. A su vez los estados huéspedes han dado la bienvenida a las empresas con un capital suficiente para instalarse en su territorio y generar puestos de trabajo y desarrollo económico.

No obstante, dentro de un mundo desigual, las condiciones de base determinan consecuencias distintas. Se presentan escenarios en los cuales los Estados huéspedes se encuentran con menor capacidad de hecho (capacidad material de llevar adelante el interés legítimo de la población) que las empresas que se instalan en su territorio. Esta “desventaja” puede ocurrir en todas las esferas de la administración, o incluso frente a los poderes legislativos y judiciales. También puede darse el escenario en el que el gobiernos del mismo Estado huésped es el que decide incumplir su deber de protección frente a todos los habitantes, obteniendo beneficios económicos para unos pocos, a partir de facilitar actividades irregulares de las empresas.

Dentro de los incentivos que otorgan los Estados de origen también se pueden encuadrar ciertas normas y reglamentos flexibles, que evitan controles o rendición de cuentas, con la excusa de evitar trabas y adicionar “costos” a las empresas. Estas políticas flexibles y falibles sobre las empresas por parte de los

Estados de origen fueron generando en la realidad cotidiana, un marco de acción empresarial muy amplio, ya que adicionalmente, las empresas pretenden operar en terceros países en los cuales puedan valerse de un sistema débil o con un alto índice de corrupción en las esferas políticas, que les permitan un amplio espectro de acción.

En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad los “Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos” redactados, por quien era en aquel entonces, el relator John Ruggie. Estos principios a partir de los postulados Proteger, Respetar y Remediar, reconocen: 1) las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir con los Derechos Humanos y libertades fundamentales; 2) el papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los Derechos Humanos; 3) la necesidad de que los derechos y las obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.

Haciendo foco, es imprescindible señalar el art. 4 de dicho documento, que indica que: *“Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.”* (Consejo de Derechos Humanos, 2011).

Si bien la problemática tiene muchos puntos para abordar, uno de los principales, más urgente y sobre todo factible para aplicar, es establecer el acceso a la justicia para las víctimas en los países de origen de las empresas. Esta posibilidad de acceso a los tribunales en los países de origen debe al mismo tiempo conllevar una posibilidad real de aplicación de sanciones que permitan una reparación integral hacia las víctimas, las cuales muchas veces ven diluida su pretensión en los tribunales del país huésped a raíz de debilidades jurídicas e institucionales.

Lo que se busca es evitar que la extraterritorialidad de los actos realizados por las empresas, así como las omisiones estatales, constituyan un obstáculo para que los órganos judiciales conozcan y puedan resolver las pretensiones presentadas. Como consecuencia mediata se señalan las posibles implicancias en las políticas institucionales de la empresa o de su responsabilidad social empresarial, al no poder especular con la falibilidad de los sistemas judiciales de los estados huésped o los arreglos extrajudiciales forzados ante una imposibilidad de acceso a la justicia. No existiría doble juzgamiento de abrirse dos instancias judiciales en distintos países, puesto que en el estado huésped la responsabilidad sería por sus acciones u omisiones, y por parte del actuar directo de la filial. En el

caso del proceso judicial en el país de origen, la demanda radicaría en responsabilizar al estado de origen por falta de control y fiscalización, y a la casa central de la empresa por su accionar u omisiones propias.

Por último, es fundamental el rol que juegan los distintos órganos jurisdiccionales de protección de Derechos Humanos, como pueden ser los del Sistema Interamericano, Europeo, Africano o Universal. Sus sentencias, pueden constituir una vía idónea para que las víctimas obtengan una reparación integral, y al mismo tiempo, se exhorte a los Estados para que inicien o profundicen políticas de fiscalización sobre sus empresas que actúan en el extranjero.

## 2.- Desarrollo

Al momento de determinar la responsabilidad extraterritorial de los Estados, nos encontramos con varios argumentos que ponen freno a esta pretensión. Uno de ellos señala que los Estados al ratificar los tratados internacionales solo se han obligado a respetarlos en su propio territorio. Sobre este punto, es importante señalar que, en su mayoría, los tratados internacionales no hablan de territorio, sino que se refieren al concepto de jurisdicción. En este sentido, y para nuestra región en particular, la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 1 dispone que *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)”*. Asimismo, el Comité de DDHH (2004), en su Observación N°31, afirma que la interpretación que debe hacerse del art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice textualmente *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto”*, debe entenderse como que recepta dos supuestos distintos, donde el segundo de ellos, a través del término “sujetos a su jurisdicción”, permite ampliar la aplicación de dicho pacto a aquellos donde si bien no ocurren en territorio estatal, existe control efectivo (párr. 10).

Lo importante entonces, es definir qué se entiende por jurisdicción de un Estado y aceptar que necesariamente esto habilita supuestos que exceden al territorio. Uno de estos casos, es aquel donde los actos u omisiones de sus agentes “tienen efecto, fuera de su territorio”, (Saldaño vs Argentina, 1999, párr. 17). Otro supuesto ocurre cuando un Estado actúa fuera de su territorio, pero posee lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dado en llamar “control efectivo”. Aquí las actuaciones de los agentes y funcionarios estatales no ocurren dentro de los límites territoriales específicos de su país, y sin embargo el Estado, a través de ellas, mantiene durante los acontecimientos el poder de tomar decisiones uni-

lateralmente en ese territorio que en principio no le correspondería.

El control efectivo ha sido reconocido principalmente en dos supuestos: misiones diplomáticas y ocupaciones militares. No obstante, la jurisprudencia contemporánea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia* (2004) y *Catan and others v. Moldova and Russia* (2012) ha aceptado que un acontecimiento se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado si al menos existió “influencia decisiva”. Este tercer supuesto, reconocido en estos casos, ocurre cuando un Estado mantiene un control indirecto del territorio extranjero, al ejercer su poder sobre quienes materialmente se encuentran en posición de poder en dicho territorio. De esta manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que un Estado puede actuar indirectamente a través de apoyo económico y/o financiero, direcciones políticas, regulaciones normativas, o cualquier otro medio que genere una influencia decisiva.

En este sentido se ha expresado María Clara Galvis (2013), al referir que el control efectivo puede incluir apoyo económico o político, y que la responsabilidad estatal existe en al menos dos situaciones: cuando existe una actuación conjunta entre las empresas y el Estado de origen, o cuando las empresas reciben fondos o financiamiento del Estado de origen. En estos casos, el Estado se vuelve pasible de responder internacionalmente al no cumplir con su obligación de garantizar las debidas diligencias para evitar violaciones de Derechos Humanos. Resulta imprescindible que el apoyo militar, económico, político, o de cualquier otro tipo que reciban las empresas por parte de los Estados sea contrarrestado en primer lugar con políticas de control y fiscalización, y en segundo con recursos judiciales efectivos.

La importancia radica en que cuando un Estado domina las situaciones que se producen fuera de su territorio, o incide en su creación, genera obligaciones extraterritoriales de controlar a sus empresas domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción para así contribuir con el disfrute de los Derechos Humanos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2017). Consecuentemente, si pretenden cumplir con la obligación general impuesta por el Derecho Internacional de no dañar a otro, los Estados de origen deben ser diligentes a la hora de regular las actividades, o tomar medias para mitigar las violaciones a Derechos Humanos que cometan sus empresas subsidiarias en otros Estados (McCorquodale y Simons, 2007).

Nos encontramos en un límite difuso, que debe determinarse en cada caso. Sin embargo, queda claro que cuando se nos presentan escenarios en los cuales los Estados de origen tienen una capacidad y se encuentran en mejor posición para fiscalizar las empresas domiciliadas en su territorio, tiene una obligación de protección de los Derechos Humanos aún en otros países.

Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de Derechos Humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito para la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de Derechos Humanos. (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011:10)

Otro argumento en contra de la responsabilidad extraterritorial de los Estados por el accionar de sus empresas, es afirmar que el único responsable internacionalmente debería ser aquel Estado en donde efectivamente suceden los hechos. Una objeción que merece esto es que la ponderación, en este caso, no debe establecerse entre las obligaciones de un Estado y las obligaciones de otro, sino entre las obligaciones de ambos Estados y los derechos de las víctimas. La mirada siempre debe realizarse desde la situación de las víctimas, que son quienes se encuentran desprotegidos, mientras los Estados se acusan unos a otros. Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fundamental aceptar que las víctimas siempre deben tener un real acceso a la justicia y la posibilidad de lograr una reparación integral. En el caso del Estado huésped, sería correcto determinar que puede incurrir en responsabilidad internacional a partir de una jurisdicción conjunta. No obstante, el Estado de origen no queda eximido a partir de este supuesto. Internacionalmente, ambos Estados pueden ser responsables, siempre que entendamos que a cada uno le corresponden diferentes hechos por los cuales responder. Por parte de las víctimas, no sería admisible pretender la misma reparación de ambos Estados, pero ninguno de los Estados puede negar el acceso a la justicia alegando su incompetencia.

El último argumento al que haremos referencia aquí, en contra de la responsabilidad extraterritorial de los Estados radica en afirmar que las únicas responsables son las empresas por las violaciones que ellas cometen. En este supuesto, que no ataca ya la extraterritorialidad sino la responsabilidad en su conjunto, es importante distinguir entre la responsabilidad de los particulares o incluso del Estado en el orden interno, y la responsabilidad internacional del Estado por hechos cometidos por terceros, que deriva del incumplimiento a las obligaciones estipuladas en los tratados internacionales de Derechos Humanos.

La responsabilidad extraterritorial de los Estados es un paso necesario en miras de una real protección de los Derechos Humanos frente a aquellas víctimas del poder económico y político de las empresas. El derecho de acceso a la justicia y a la reparación integral, reconocidos en el orden internacional por diversos instrumentos de Derechos Humanos no pueden resultar letra muerta frente al avance del mundo globalizado. Reconocer la responsabilidad extraterritorial permitirá que se generen incentivos para que los Estados controlen a sus empresas y así lograr que éstas destinen más esfuerzos para evitar violar Derechos Humanos.

### 3.- Conclusiones

- Las empresas se han convertido en actores internacionales que no reconocen fronteras.
- Los Estados de origen proveen apoyo económico y político para el accionar de sus empresas en el extranjero.
- Los Estados huéspedes suelen carecer de mecanismos de control y fiscalización que sirvan para prevenir las violaciones y/o reparar a las víctimas.
- Las empresas suelen mantenerse impunes frente a violaciones a Derechos Humanos.
- Es necesario generar incentivos para que los Estados de origen colaboren en la prevención y reparación de las víctimas de Derechos Humanos producto del accionar de la actividad de empresas domiciliadas en su territorio.
- Una alternativa en la búsqueda de dichos incentivos aparece con la influencia decisiva, que funciona como factor de atribución y permite a los órganos jurisdiccionales determinar la responsabilidad internacional de un Estado por las acciones de sus empresas en otros países.

### Bibliografía:

- COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS (2004), *Observación General No. 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Naciones Unidas.
- COMITÉ DESC (2017), *Observación general núm. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie*”, Asamblea General de Naciones Unidas.
- GALVIS, María C. (2013), *Situación de los derechos humanos de las personas afectadas por la minería en las Américas y responsabilidad de los Estados huéspedes y de origen de las empresas*, Audiencia pública realizada

en el 149º periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C.

MCCORQUODALE, R. y SIMONS, P. (2007), *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, The Modern Law Review Limited.

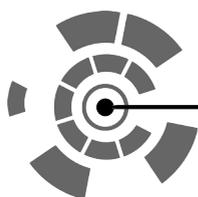
### **Jurisprudencia:**

“*Catan and others v. Moldova and Russia*”, European Court of Human Rights, Grand Chamber, 19/10/2012.

“*Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*”, European Court Of Human Rights, 8/07/2004.

“Informe n° 38/99 Petición Víctor Saldaño vs Argentina”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 11/03/1999.

# Luces y sombras en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Una lectura de los estándares actuales en la materia de Justicia Penal Juvenil



*Lucía Gaiada y*

*Camila A. Ormar*

(UNICEN)

## Resumen:

El presente trabajo nace a partir de diversas actividades desarrolladas en el marco del proyecto de investigación “El Estatuto Jurídico de niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires: un análisis a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” integrado por docentes, estudiantes, graduadas y graduados de la Facultad de Derecho de la Unicen.

En esta oportunidad, el objetivo central consistirá en advertir los principales avances y retrocesos en materia de derechos humanos y justicia penal juvenil en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH). A tales efectos, se explorarán dos puntos. El primero de ellos será el examen de las obligaciones de los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con respecto a los derechos de niños, niñas y adolescentes acusados/as de infringir leyes penales. Mientras que el segundo consistirá en explorar aquellos principios generales que, acorde al SIPDH, rigen el sistema de justicia penal juvenil.

Para ello se tomarán, por un lado, las principales sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que han abordado la temática, destacándose, entre otros, el caso “Mendoza y otros contra Argentina”. También se mencionará la labor llevada a cabo por parte de la Comisión Intera-

americana de Derechos Humanos (CIDH) a través de su Relatoría sobre derechos de la niñez.

Por lo demás, la presente ponencia intentará constituirse como un posible punto de partida para continuar –en futuros trabajos– con el análisis del sistema universal de protección a los Derechos Humanos, así como también de la legislación interna del Estado argentino.

## 1.- Introducción

Ser sujeto de derechos implica, para los niños, niñas y adolescentes (NNA) el reconocimiento de su condición humana, el respeto a su dignidad, sus capacidades y sus necesidades específicas. Esto se traduce, por ejemplo, en el derecho a ser escuchados y a tener en cuenta la opinión de los NNA en todo lo que se relaciona con sus vidas, de conformidad con el principio de desarrollo progresivo.

Esta visión supone dejar atrás el paradigma de la “situación irregular” y el modelo de protección tutelar (Beloff, 2009). El tratamiento jurídico de la niñez –previo a la entrada en vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño (CDN)– lejos de reconocer a los NNA como sujetos de derechos, consideraba al niño como un objeto de asistencia y de control, con intervenciones tutelares que frecuentemente implicaban arbitrariedades, abusos y falta de garantías por parte del Estado<sup>128</sup>. En palabras de la CIDH

*Esta visión jurídica trataba principalmente al niño como “propiedad” de su familia, no como sujeto de derechos, y relegaba al Estado a intervenciones de carácter excepcional sin exigirle que invirtiera esfuerzos y recursos para asegurar su bienestar y goce de todos sus derechos (CIDH, 2017: 30).*

En contraposición con el modelo de protección tutelar el paradigma actual parte del reconocimiento de los NNA como sujetos titulares de derechos –por el solo hecho de ser personas– pero además exige el reconocimiento del derecho a una protección especial, adaptada y reforzada, debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento. Esta transformación en el plano jurídico, que implica pensar a los NNA ya no como objetos sino como sujetos, trasciende el plano teórico y genera profundas consecuencias en la realidad actual. En otras palabras,

<sup>128</sup> Al respecto, la CIDH ha expresado, en varias oportunidades, su preocupación frente a situaciones evidenciadas en el interior de los Estados parte de la CADH que implican un retroceso hacia el modelo tutelar. Para mayor desarrollo de la temática consultar, entre otros: Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas y Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas.

*[H]oy los NNA no son considerados ni menores, ni incapaces, ni carentes sino personas totales, seres humanos completos y con dignidad, poseedores de facultades y potencialidades a desarrollar y titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que les deben ser reconocidos por el solo hecho de existir (CIDH, 2017:114).*

Consecuentemente, el reconocimiento de derechos exige a los Estados asumir un rol de garante de los derechos e intervenir adoptando todas las medidas necesarias para garantizar el derecho a una vida digna para todos los NNA y su desarrollo integral, removiendo todos los obstáculos, y tomando en consideración las particulares condiciones y retos en cada una de las etapas vitales en el goce de sus derechos (CIDH, 2013).

Para esta oportunidad se propone realizar algunas consideraciones en torno a los estándares desarrollados en el SIPDH en materia de niñez, con especial énfasis en aquellos supuestos vinculados a los NNA en conflicto con la ley penal. Para ello se abordará, en primer lugar, el tratamiento que ha brindado los órganos del SIPDH –tanto la CIDH como la Corte IDH– a la niñez en nuestra región. Ello permitirá contextualizar el presente trabajo a los efectos de profundizar el estudio de los principios generales que rigen los sistemas de justicia juvenil que, necesariamente, deben ser observados por los Estados parte de la CADH. Cabe considerar que el esquema que se plantea para esta oportunidad presenta una clara conexión con la reflexión acerca el paradigma actual en materia de niñez. Como señala Beloff (2009) el modelo tutelar se monta sobre un argumento muy poderoso y persuasivo cual es la ayuda a la infancia desvalida, como es el caso por ejemplo, de NNA que se encuentran en situación de calle. En palabras de la autora,

*En ese marco, la pregunta que funda el derecho penal moderno – acerca de los límites al poder punitivo del Estado– desaparece y, con ella, los derechos y garantías que representan la respuesta a la pregunta respecto de cómo limitar el mal con intención de ser lo que es la pena (...), eliminando cualquier espacio para cuestionar los límites, dado que, el aparato gubernamental se pone en marcha y justifica para “proteger”, para ayudar a los niños desvalidos.*

*En cambio, el nuevo modelo de protección integral de los derechos del niño ya no son las condiciones personales del menor de edad las que habilitan al Estado a intervenir, sino su conducta delictiva concreta (derecho penal de acto). De modo que, de esta concepción se deriva un sistema de justicia juvenil que sólo las reacciones estatales coactivas frente a infractores (ya no “potenciales infractores”) de la ley penal. (Beloff, 2009: 30)*

Para finalizar, se expondrán algunas conclusiones alcanzadas que, a nuestro juicio, consideramos útiles para continuar con el debate.

## **2.- La protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**

Una lectura de los principales instrumentos que componen el SIPDH permite advertir que, en varias oportunidades, los Estados han expresado su voluntad de obligarse a brindar especial consideración a la niñez. A modo de ejemplo, la CADH prohíbe imponer pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad; al mismo tiempo –en el marco del derecho a la integridad personal– los Estados se obligan a separar a los NNA procesados de los adultos. A ello se añade el reconocimiento expreso de las medidas especiales en materia de niñez, en el artículo 19 de dicha Convención, en el sentido de que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”<sup>129</sup>. En particular, la amplitud con la que ha sido redactado el artículo 19 de la CADH impone el desafío de fijar el alcance del mismo, en atención a evitar posibles espacios de arbitrariedad en el actuar estatal al momento de garantizar el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos de NNA.

Lo anterior no ha pasado inadvertido por los órganos del SIPDH quienes han destacado que “el artículo 19 de la CADH debe entenderse como un derecho adicional y complementario que el tratado establece para los niños, quienes por su estado de desarrollo necesitan de protección especial” (Corte IDH, 2002: 62). Dicha interpretación encuentra su fundamento en el reconocimiento de las condiciones especiales de los NNA quienes, debido a su condición de persona en crecimiento, dependen de adultos para el efectivo goce de todos sus derechos –en particular en las primeras etapas de su vida– así como para el ejercicio de aquellas acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos (Corte IDH, 2002: 62). Por supuesto que esta dependencia de los adultos, y su intensidad, se modifica acorde a la evolución de las capacidades del NNA y a su grado de madurez.

Al mismo tiempo, esta especial consideración se traduce, para los Estados, en una posición de garante de carácter reforzado, lo cual implica la adopción de una serie de medidas de distinto tipo y contenido (Corte IDH, 2002: 62). Como señala la CIDH en su informe *Violencia, niñez y crimen organizado*,

<sup>129</sup> De igual forma, cabe recordar que la protección de la niñez se extiende más allá de las fronteras de la CADH, encontrándose regulada, por ejemplo, en la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a las personas menores de 18 años establecida en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, la Declaración Americana reconoce, en su artículo VII, que “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

*Dentro de las medidas de derecho interno que los Estados Miembros deberán adoptar para cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 19 de la CADH y del artículo VII de la DADH están: i) aquellas de carácter general que tienen como destinatarios a todos los niños en su conjunto y que están orientadas a promover y garantizar el disfrute efectivo de todos sus derechos, ii) aquellas medidas de carácter específico dirigidas a determinados grupos de niños, que se establecen en función de las circunstancias particulares de vulnerabilidad en las que se encuentran estos niños y atendiendo a sus necesidades de protección especiales, y iii) la Corte además ha señalado que, “es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”, es decir, supone la determinación y aplicación de una medida especial de protección idónea, adecuada e individualizada, que considere las necesidades de protección del niño como individuo en su contexto particular (CIDH, 2017:114).*

Para lograr una comprensión más profunda sobre el alcance del derecho contenido en el artículo 19 de la CADH es imperioso hacer referencia al *corpus iuris* acuñado por la Corte IDH a partir del caso “Villagrán Morales Vs. Guatemala” y de la Opinión Consultiva N°17. En palabras del tribunal, “El *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos —tratados, convenios, resoluciones y declaraciones— así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales” (Corte IDH, 1999: 68). Particularmente, se ha destacado el rol que lleva adelante el *corpus iuris* en lo que refiere a la interpretación evolutiva de las disposiciones contenidas en los instrumentos del SIPDH (Corte IDH, 1985). Es más, dicha interpretación implica recurrir no sólo a los instrumentos del SIPDH, sino también a los restantes instrumentos internacionales que contienen normas específicas con respecto a la protección de la niñez.

Ciertamente, la comunidad internacional ha adoptado numerosas resoluciones e instrumentos internacionales vinculados con la temática bajo análisis, en el marco de la Asamblea General<sup>130</sup> o el Consejo de Seguridad<sup>131</sup> de las Naciones Unidas. Así mismo —dentro de los mecanismos especiales— es posible mencionar a la Relatora especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil

---

<sup>130</sup> Consultar, por ejemplo, Asamblea Generala de las Naciones Unidas. Los derechos del niño: un enfoque holístico de la protección y la promoción de los derechos de los niños que trabajan y/o viven en la calle. A/HRC/RES/16/12.

<sup>131</sup> Consultar, por ejemplo, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 2225 (2015) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7466ª sesión, celebrada el 18 de junio de 2015. S/RES/2225 (2015).

y la utilización de niños en la pornografía<sup>132</sup> o el Relator especial sobre el derecho a la educación<sup>133</sup>, entre otros. A ello se añade la inclusión, dentro del *corpus iuris*, de las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas así como las decisiones de otros órganos de derechos humanos y mecanismos especiales del sistema universal (CIDH, 2009). En definitiva, se evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) aplicable en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los sistemas de protección de los derechos humanos de los niños (CIDH, 2009).

Conforme señala la CIDH, este amplio *corpus iuris* incluye, entre otras, las Declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>134</sup>, las Reglas sobre Medidas No Privativas de la Libertad —Reglas de Tokio de 1990— y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil —Reglas de Riad de 1990— además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general (OEA, 2008).

Incluso, para lograr una interpretación del artículo 19 de la CADH en armonía con el *corpus iuris* de protección de los derechos humanos de NNA, no puede evadirse el análisis del interés superior del niño —consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño. Si bien dicha convención no esclarece su contenido, su Comité, en Observación General N° 14, ha desarrollado el alcance señalando que el mismo presenta tres dimensiones, esto es, como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento.

En primer lugar, como derecho sustantivo, el interés superior de del niño implica que sea una consideración primordial —de aplicación directa y exigible ante los tribunales— que se evalúe y tenga en cuenta al ponderar distintos intereses para tomar una decisión, ya sea en supuestos en los cuales se afecte a un solo NNA, a un grupo de determinado o a los NNA en general. En segundo término, como principio jurídico interpretativo fundamental, el interés superior del niño conlleva a que, en aquellos casos en que una disposición jurídica admita más de una interpretación, se opte por la que satisfaga en mayor medida los derechos contenidos en la CDN. Finalmente, el interés superior del niño, como norma de procedimiento, obliga a exponer, en forma expresa, la manera en que las decisiones adoptadas han sido fruto de la consideración del mismo, es decir,

<sup>132</sup> Sitio oficial: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Children/Pages/ChildrenIndex.aspx> (consultado por última vez el 13/04/2018)

<sup>133</sup> Sitio oficial <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Education/SREducation/Pages/SREducationIndex.aspx> (consultado por última vez el 13/04/2018)

<sup>134</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño fue el tratado internacional que más rápidamente entró en vigor cuya ratificación casi universal -ha sido ratificada por todos los Estados, excepto Estados Unidos y Somalia- demuestra un claro consenso existente en la materia.

qué criterios se han tenido en cuenta al momento de la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, como por ejemplo, sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, entre otros.

En definitiva la CDN en su artículo 3.1. establece el interés superior del niño como el criterio o parámetro fundamental para tomar decisiones que afecten los derechos de los NNA, y el mismo reconocimiento han hecho de este principio los órganos del SIPDH, en especial vinculación con los ya mencionados artículos 19 de la CADH y VII de la DADH (CIDH, 2017).

### **3.- Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal**

Según Unicef, más de un millón de niños y niñas se encuentran detenidos en todo el mundo pese a la clara postura abolicionista que, sobre la temática, mantienen los instrumentos de derechos humanos que integran el *corpus iuris* de protección de NNA. En este sentido, las normas y estándares internacionales pertinentes en la materia estipulan que los NNA dejan de ser tales a la edad de 18 años<sup>135</sup>, esto implica que, a partir de entonces son adultos. Por ello, la primera consideración realizada por los órganos del SIPDH es que

*Toda persona debe estar sometida a un régimen especial de justicia penal cuando del acervo probatorio en un determinado caso se desprenda que ésta no había alcanzado los 18 años de edad al momento de la presunta infracción de la ley penal (CIDH, 2009:11).*

A pesar de que el estándar es claro, todavía coexisten situaciones en las cuales NNA han sido privados de su libertad en las mismas condiciones que personas adultas. A modo de ejemplo, en la mayoría de los Estados del Caribe, luego de los 16 años de edad los adolescentes son procesados por el sistema de justicia penal previsto para los adultos (CIDH, 2009). En esos casos, someter a personas que aún no han cumplido 18 años de edad al sistema de justicia previsto para los adultos, implica no solo negar totalmente su condición de NNA, sino además vulnerar sus derechos más esenciales.

Además, si bien debe diferenciarse, por un lado, el sistema de justicia creado para aquellas personas que hayan cumplido 18 años de edad y, por el otro, el sistema pensado para quienes todavía son NNA, lo cierto es que no cualquier NNA deben ser sometidos a un sistema de justicia juvenil, sino únicamente quienes que hayan alcanzado una edad mínima para infringir las leyes penales (CIDH, 2009).

<sup>135</sup> Ver, al respecto: CDN artículo 1 y Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

En este orden de ideas, los instrumentos internacionales no señalan una edad concreta a partir de la cual se pueda responsabilizar a NNA. Sin embargo existe una clara tendencia por parte de los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales, de recomendar a los Estados aproximar esa edad lo más cercana a los 18 años (Comité sobre Derechos del Niño, 2016). A pesar de ello, existen diversas legislaciones, al interior de la región, en las cuales la edad para responsabilizar a los NNA no se ajustan a este criterio. Trinidad y Tobago prevé que los niños y niñas de 7 años pueden infringir las leyes penales, mientras que en Estados, como Antigua y Barbuda o San Kitts y Nevis, dicha imputabilidad inicia a los 8 años. Nuevamente el hecho de que niños y niñas, de tan solo 7 u 8 años, sean susceptibles de responsabilidad penal implica vulnerar su condición de persona en desarrollo.

El Estado que tiene más elevada la edad para atribuir responsabilidad penal –y, por lo tanto, el que más se acerca al cumplimiento del estándar– es Argentina –fijada en 16 años–. Ahora bien, no debe olvidarse que es el único Estado que ha dictado condena perpetua para NNA –conforme será expuesto hacia el final del trabajo– bajo el régimen del Decreto/ley 22.278, sancionado durante la última dictadura militar. Dicha normativa deja a discrecionalidad del poder judicial la imposición de la condena, es decir, si el juez considera que es necesaria la aplicación de una pena –una vez alcanza la mayoría de edad– se condenará, como adulto, a una persona por un hecho que cometió siendo NNA. De esta forma se niega, una vez más, su condición de tal, transgrediendo el principio interés superior del niño junto con las demás disposiciones que integran el *corpus iuris* en materia de niñez.

Por otra parte, es necesario recordar que, dentro de los supuestos de responsabilidad que se consagran en el SIPDH, se destaca la posición de garante que recae sobre los Estados miembro de la CADH ante aquellas personas que se encuentran bajo su custodia –no solo en centros de detención, sino también, por ejemplo, en hospitales–.

La Corte IDH se ha expedido al respecto colocando en cabeza de los Estados tal obligación en innumerables casos sometidos a su competencia. Una de las sentencias más destacadas es el caso “Bulacio Vs. Argentina” en la cual el tribunal dejó en claro que quien sea detenido “tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal” (Corte IDH, 2003). Sumado a lo anterior, la Corte IDH estableció que el Estado –como responsable de los establecimientos de detención– es el garante de los derechos de las personas que se encuentran detenidas, de modo que debe brindar todas explicaciones pertinentes respecto de lo que suceda a quienes están bajo su custodia. En otras palabras, la forma en que se trata a una persona privada de libertad está sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél. Ahora bien,

el rol de garante se acentúa cuando son NNA quienes se encuentran privados de libertad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su posición de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan, en tales circunstancias, los NNA.

Como fue explicado en el apartado anterior, en el marco del SIPDH, el alcance de las obligaciones estatales en materia de niñez son determinadas a la luz de diversos instrumentos –correspondientes tanto a sistemas regionales como al sistema universal–. En efecto, el primer instrumento jurídico internacional en contener normas pormenorizadas para la administración de justicia de los menores son Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –bautizadas como Reglas de Beijing–. Dicha normativa dispone, en lo pertinente, que los NNA, como sujetos de derecho que son, deben recibir los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria – de índole social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano. Al mismo tiempo, la CDN hace referencia a la cuestión en su artículo 40.1 al reconocer el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Como se observa, existe una amplia variedad de instrumentos que aluden a la cuestión bajo análisis, y que por tanto se integran a la hora de interpretar, entre otros, los artículos 19 (derechos del niño), 4 (derecho a la vida), 5 (integridad personal), 7 (libertad personal) de la CADH cuando se trata de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de NNA privados de libertad. A ello se suma una serie de principios que deben guiar el accionar estatal, a saber, el principio de legalidad, excepcionalidad, no regresividad, igualdad y no discriminación y el principio de especialidad.

En primer lugar, respecto del principio de legalidad –contemplado en el artículo 9 de la CADH– la Corte IDH ha entendido que, tanto en el caso de los adultos como en el de NNA, la actuación del Estado se justifica,

*Cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado (Corte IDH, 2008:77).*

En efecto, el análisis del principio de legalidad en materia de niñez, tiene

una gran relevancia ya que en reiteradas oportunidades se justifica la intervención estatal y sometimiento de niños a la justicia penal no por ser infractores, sino por encontrarse en situaciones de marginalidad, contextos de conflictos familiares, socioeconómicos, es decir, sin encuadrar la conducta realizada en un tipo penal correspondiente. De esta forma, se utiliza el sistema penal como un mera “medida de protección” y no de última ratio, avasallando no solo el principio de legalidad sino también el de excepcionalidad y volviendo por lo tanto, a un modelo tutelar que, lejos de entender a los NNA como sujetos de derecho, los concibe como un objeto de tutela.

En conexión con lo anterior, respecto del principio de excepcionalidad, tanto la CIDH como la Corte IDH, han dejado en claro que la privación de libertad de los menores debe ser un recurso de ultima ratio, excepcional y por el tiempo más breve posible, ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad como también al derecho de inocencia indispensables en una sociedad democrática (Corte IDH, 2004, p.115). En consecuencia, las alternativas a la privación de libertad deben ser la regla y no la excepción, debiendo contar los Estados con recursos para adoptar políticas públicas tendientes a garantizar medidas alternativas para NNA.

En ese orden de ideas debe considerarse el principio de no regresividad. Para ello, cabe recordar que al ratificar tratados internacionales los Estados se obligan a proteger y garantizar el ejercicio de los derechos establecidos en ellos, como también a realizar modificaciones pertinentes con miras a adecuar su normativa a los estándares que aquellos establecen. Aquí entra en juego el principio de no regresividad, dado que, cuando se generan progresos en el reconocimiento de derechos humanos, se impide la posibilidad de limitarlos o extinguirlos ya que es irreversible la adquisición de los mismos.

A pesar de ello, en Argentina durante los últimos años se ha puesto en el foco de la discusión en la baja de punibilidad de los NNA –fijada en 16 años actualmente– para reducirla a 14 años. A la luz del principio de no regresividad, los proyectos de reforma del Decreto/Ley 22.278 que abordan la cuestión deberían introducir modificaciones en pos de un avance en la materia. Esto es, una legislación acorde a los principios que rigen el SIPDH en materia de niñez, es decir, que incorpore los estándares y preceptos a los cuales alude todo el *corpus iuris*. Sin embargo la baja de la edad de punibilidad, lejos de avanzar en el reconocimiento de derechos, implica una clara violación a las disposiciones en materia de niñez contenidas en los instrumentos del SIPDH.

Por su parte, el principio de igualdad y no discriminación atraviesa todos los derechos humanos. En palabras de la Corte IDH (2012),

*La noción de igualdad se desprende de la unidad de la naturaleza*

*del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, por lo que es incompatible toda situación que, por considerar superior a un grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que, por considerarlo inferior, lo trate de cualquier forma que lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.*

Además, el artículo 24 de la CADH (igualdad ante la ley) prohíbe las diferencias de trato o distinciones arbitrarias establecidas por ley, que no sean objetivas y razonables. Un tratamiento diferenciado a NNA sometidos al sistema penal no es en principio discriminatorio, por el contrario, lo que se requiere y se espera del sistema y sus operadores es que brinden al NNA el trato que su personalidad en desarrollo requiere adaptando el sistema a las necesidades y problemáticas del caso en particular. Sin embargo, cuando el trato diferenciado se utiliza como excusa para extender el campo de aplicación del poder punitivo a NNA en condiciones de extrema marginalidad o por su condición socioeconómica, se crean situaciones de selectividad arbitraria por partes de autoridades, de modo que allí se está ante una situación que infringe el principio de igualdad.

Por último, según al principio de especialización, los Estados deben contar con infraestructura acorde al tratamiento de NNA y capacitación especializada para el sistema judicial en todas sus esferas, ya sea del órgano juzgador, sus colaboradores y sobre todo en las dependencias policiales por ser éstas el primer contacto con los NNA.

Con el propósito de finalizar este apartado, resulta interesante mencionar uno de los principales casos en los que ha entendido la Corte IDH contra el Estado de Argentina. En el año 2013, el tribunal emitió su sentencia “Mendoza y otros contra Argentina”. Allí, analizó una serie de casos en los cuales se declaró la responsabilidad internacional de Argentina por la violación de derechos en perjuicio de los jóvenes César Mendoza, Claudio Núñez, Lucas Mendoza, Saúl Roldán y Ricardo Videla Fernández, condenados a prisión perpetua por crímenes cometidos con anterioridad a cumplir 18 años de edad.

En particular, las condiciones de detención en ningún caso se ajustaron a los estándares y principios internacionales involucrados en la materia. No solo fueron condenados a prisión perpetua, sino que además fueron tratados como adultos –por delitos cometidos antes de cumplir la mayoría de edad– aplicando el sistema penal general y no el específico que se requería por su condición de menores.

Esta situación se agravó a gran escala en el caso particular de Ricardo Videla Fernández, Lucas Mendoza y Claudio Núñez. Al primero de ellos se lo encontró sin vida en su celda en circunstancias dudosas. Posteriormente, por medio de diferentes pruebas se pudo tener conocimiento de las pésimas condiciones

de detención en que se encontraba y el estado anímico que esta situación le generaba. En lo que respecta a Lucas Mendoza y a Claudio Núñez, ambos fueron condenados a prisión perpetua cuando tenían 17 años. Durante sus respectivos estadios en prisión, ambos presentaron rasgos y marcas de haber sido sometidos a torturas.

En efecto, el Estado de Argentina no solo violó la obligación de adoptar medidas –contenida en el artículo 2 de la CADH– ya que los juzgadores fundaron sus resoluciones en el Decreto/Ley 22.278, sino que también ocurrió en responsabilidad intencional por violar los derechos contenidos en los artículos 1 (Obligación de respetar los derechos.), Artículo 19 (Derecho de niño), Artículo 25 (Protección Judicial), Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), Artículo 7 (Derecho a la libertad personal) y Artículo 8 (Garantías Judiciales).

#### **4.- Conclusión**

El presente trabajo tuvo como objetivo realizar algunas consideraciones en torno a los estándares desarrollados en el SIPDH en materia de niñez, con especial énfasis en aquellos supuestos vinculados a los NNA en conflicto con la ley penal.

En primer lugar, se expuso el tratamiento brindado por los órganos del SIPDH. Allí se exploró la obligación que recae sobre los Estados parte de la CADH al momento de adoptar medidas especiales para la protección de NNA. Al mismo tiempo, se demostró la implicancia que ha tenido la interpretación del derecho contenido en el artículo 19 de la CADH a la luz del *corpus iuris*, resaltando la importancia de considerar, en todo momento, el interés superior del niño en sus tres dimensiones.

Posteriormente, la ponencia se enfocó en el estudio de aquellos principios generales que rigen los sistemas de justicia juvenil, los que, necesariamente, deben ser observados por los Estados parte de la CADH. Al respecto, se advirtió que si bien existe una gran labor por parte de los órganos del SIPDH a la hora de consolidar estándares en materia de protección de NNA privados de libertad, lo cierto es que aún queda mucho por hacer hacia el interior de los Estados.

Por lo demás, tanto la niñez como la adolescencia son etapas vitales en la existencia de todas las personas. Por su central importancia, tienen valor en sí mismas y no deben ser consideradas como un mero tránsito hacia la vida adulta.

#### **Bibliografía**

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Los derechos del niño: un enfoque holístico de la protección y la promoción de los derechos de los niños que trabajan y/o viven en la calle. A/HRC/RES/16/12. 12 de abril de 2011.

BELOFF, Mary Ana Los derechos del niño en el sistema Interamericano – 1a ed, 3a reimp, – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

CIDH, Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 54/13, 17 octubre 2013.

CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17 30 noviembre 2017.

CIDH, Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011.

CIDH, La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.133. Doc. 34. 29 octubre 2008.

CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 40/15 11 noviembre 2015.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia CRC/C/GC/20. 6 de diciembre de 2016.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 2225 (2015) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7466ª sesión, celebrada el 18 de junio de 2015. S/RES/2225 (2015).

CORTE IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC–17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

CORTE IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC–16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

OEA. “La infancia y sus derechos en el sistema de protección interamericano”.

OEA/SER. L/V/I 133. Doc 34. (2008).

Sitio oficial de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Children/Pages/ChildrenIndex.aspx> (consultado por última vez el 13-04-2018).

Sitio oficial del Relator Especial sobre el derecho a la educación. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Education/SREducation/Pages/SREducationIndex.aspx> (consultado por última vez el 13-04-2018).

UNICEF. Hojas informativas sobre la protección de la infancia. Niños en conflicto con la ley. Disponible en: [https://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet\\_conflict\\_with\\_law\\_sp.pdf](https://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet_conflict_with_law_sp.pdf) (consultado por última vez el 17/03/2018).

## **Jurisprudencia**

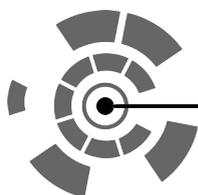
Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

**“Violencia obstétrica como mala praxis médica.  
Enfoques sociológicos y de los Derechos Humanos para un  
cambio de paradigma”**



*Maira Goldenhör*

**Resumen:**

En el presente artículo planteamos un cambio de visión y encuadre jurídico para la violencia obstétrica, cuyas formas son actualmente tipificadas como conductas ajenas al campo de la mala praxis médica y, por ende, no reclamables en sede civil y comercial *si no producen un daño en la salud física de la mujer gestante o de les niñas en proceso de nacimiento*, situaciones en que las formas de violencia obstétrica concurren con casos específicos de mala praxis médica ocasionantes de lesiones y muertes, quedando la violencia obstétrica en sí misma relegada a un segundo plano y denostada desde los ámbitos judiciales como meras “percepciones” o “exageraciones” de la mujer gestante y parturienta.

Asimismo, proponemos la visibilización de las prácticas obstétricas violentas no sólo por parte del personal médico sino de las obstétricas y del personal de enfermería que asisten al proceso del parto y nacimiento, como así también de los entornos institucionales que avasallan los derechos de mujeres gestantes, y de niñ@s en proceso de nacimiento y recién nacid@s.

Perseguimos, entonces, una doble finalidad: la visibilización social para trascender la naturalización de la violencia obstétrica y del hábitus médico autoritario; y, desde la academia, una nueva conceptualización jurídica de la violencia obstétrica, ubicándola en la órbita de la afectación de los Derechos Humanos de las mujeres gestantes, niños y niñas, quienes se encuentran

amparad@s por la legislación nacional e internacional para parir y nacer en un ámbito de respeto y tranquilidad.

Entendemos que la violencia sobre la mujer gestante y parturienta, así como sobre su hij@ en gestación, en proceso de nacimiento y recién nacid@, acarrea serias consecuencias para la salud de ambas, tanto psicológicas como físicas; pudiendo afectar gravemente la integridad psicológica de la mujer durante el puerperio (y aún años posteriores) y los procesos de desarrollo durante la infancia de les recién nacid@s.

Por este motivo, entendemos que la violencia obstétrica, per se, debe ser considerada jurídicamente como mala praxis, al entender que en los procesos respetuosos de parto y nacimiento no debe tener lugar por las graves consecuencias que acarrea su padecimiento, impropias del legítimo ejercicio de la medicina.

## 1.- Introducción

Fundamentamos el presente trabajo en el imperativo del tiempo en que vivimos, cuando nos toca presenciar un permanente y sistemático avasallamiento de los Derechos Humanos de las mujeres, niños y niñas en relación a la atención sanitaria que requieren durante el embarazo, parto, nacimiento y recién nacid@s. Y decimos imperativo del tiempo porque, como profesionales del Derecho, como auxiliares de la justicia que somos l@s abogad@s en ejercicio<sup>136</sup>, y como docentes de la Ciencia Jurídica, no podemos ser ajen@s a su tratamiento.

En la consideración de todo cuanto hace a la existencia de conductas, acciones y omisiones que configuran violencia obstétrica debemos ser por demás meticulos@s. En el presente trabajo, mostramos un enfoque multidisciplinario -con visiones desde la antropología, la sociología, la medicina y su historia- del fenómeno de la violencia hacia las mujeres que tiene lugar en el ámbito de la obstetricia, es decir, en relación al ejercicio femenino del derecho a la salud, de sus derechos sexuales y reproductivos, y también en relación a los derechos de sus hijos en gestación, nacimiento y neonatos. Esto nos permite que, también, observemos una afectación a Derechos Humanos tan básicos como al trato respetuoso, digno y libre de violencia.

Veremos a continuación que la violencia obstétrica es un fenómeno complejo, multicausal, por lo que *nos enfocaremos puntualmente en proponer una solución desde el Derecho civil y comercial al vacío legal que encontramos cuando se busca resarcir el daño originado en la violencia obstétrica*, encontrando en los supuestos de mala praxis médica una clara definición -aunque no taxativa- para viabilizar la demanda por daños.

En relación a la multicausalidad que posibilita el ejercicio de violencia obstétrica sobre las mujeres gestantes y parturientas y sus hij@s por nacer y neonatos, traemos al campo del Derecho consideraciones de la Antropología y

---

<sup>136</sup> Cf. Dra. María Florencia Gut en Entrevista del 25/3/18.

la Sociología con perspectiva de género para intentar explicar el fenómeno que ocurre cuando, al existir leyes específicas que protegen los derechos de la mujer y sus hij@s durante el embarazo, parto, nacimiento y primeras horas de vida<sup>137</sup>, no es posible lograr una efectiva prevención ni sanción para las prácticas violentas de la obstetricia y la neonatología. Sólo desde estas visiones encontramos el universo simbólico hegemónico que subyace en nuestra sociedad y sobre el que se basan las arbitrariedades, no sólo médicas sino también judiciales, cuando no encontramos viabilidad para las pretensiones resarcitorias del daño padecido en sede civil en los casos en que la mala praxis configura sólo “violencia obstétrica” sin tener por consecuencia la muerte o pérdida de un “sentido” o “miembro” del cuerpo femenino y, por ende, la cuestión no es ventilable, tampoco, en sede penal.

Asimismo, debemos considerar la crisis que atraviesa la medicina desde las décadas finales del Siglo XX, y en particular la rama de la Obstetricia a partir de los años ‘70: hoy tenemos en pugna a un viejo paradigma médico -que proviene de la Ilustración y que centra en la figura del médico todo el sistema de salud, patologizando los procesos naturales de las mujeres y el nacimiento de las personas- y al “nuevo” de atención sanitaria de los embarazos, partos y nacimientos -centrado en la mujer y la familia y que propone el acompañamiento expectante minimizando las intervenciones médicas, limitadas a casos patológicos o desviaciones del proceso natural del parto y nacimiento-, que, en realidad, es el paradigma que regía con anterioridad al Siglo XVII. Sobre este particular, debemos hacer patente el hecho de encontrarse consagrado este *paradigma médico “humanizado” o “de respeto al paciente”* en nuestra legislación nacional desde hace una década, cuando fuera dictada en consonancia con los imperativos internacionales de Derechos Humanos de las mujeres, y de niños y niñas que gozan de imperio constitucional<sup>138</sup>.

Es por ello que debemos ser contundentes en cuanto a la necesidad de contar con una efectiva protección judicial de los Derechos Humanos de las mujeres, niños y niñas frente a la violencia obstétrica.

## **2.- Consideraciones desde la actualidad legislativa nacional**

Partiendo de la situación nada auspiciosa en que se encuentran las mujeres víctimas de violencia obstétrica en nuestro país para la presentación de un reclamo judicial que pueda resarcir el daño padecido, fundado en las leyes 24.485 y 25.929, y de conformidad con la ley 26.529 que consagra los derechos de los/as pacientes, nos vemos en la necesidad de profundizar el estudio en la nueva normativa civil y comercial en busca de un camino que posibilite la procedencia de una acción legal por daños que se ocasionan en esa violencia padecida.

Ocurre que, en los hechos, la acción fundada en padecimiento de violencia

<sup>137</sup> Leyes Nacionales 25.929 y 26.485.

<sup>138</sup> Nos referimos a las leyes 25.929 sancionada en el año 2004 y 26.485 sancionada en el año 2009.

obstétrica es muchas veces desestimada por el órgano jurisdiccional, quien, en sede penal, funda su decisión en la circunstancia -grave- de carecer las leyes especiales (25.929 de Protección al Embarazo y Nacimiento o “de Parto Respetado” y 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales) de sanciones previstas para los casos de incumplimiento, pese a que las mismas establecen claramente los derechos y garantías que asisten a las personas en esas particulares situaciones de vulnerabilidad, tipifican la violencia obstétrica y las conductas médicas que resultan particularmente lesivas para la mujer y su hij@ durante el embarazo, parto y posparto. Más grave aún resulta la circunstancia de no contener tampoco, en sus reglamentaciones, vías claras para la obtención judicial de un resarcimiento económico y simbólico en sede civil, que permita hacer frente a los daños que se ocasionaron en la salud de madre e hij@s al haber padecido violencia obstétrica, como ser tratamientos psicológicos, consultas en puericultura por problemas en la lactancia, tratamientos de recuperación del suelo pélvico por las episiotomías de rutina, entre otros.

Es por ello que, a fin de demostrar la pertinencia de la acción por daños en el marco de la violencia obstétrica, en el presente trabajo nos proponemos hacer visible que la misma es identificable con algunas formas de mala praxis médica, como veremos más adelante.

Este planteo que, a priori, puede aparentar una conclusión apresurada o maliciosa, resulta el quid de la cuestión en cuanto motivación jurídica, sobre todo cuando tomamos conciencia de que nos encontramos en tiempos históricos que, por la brutalidad en la atención sanitaria de los nacimientos, han requerido la sanción de dos leyes específicas para garantizar el respeto de los Derechos Humanos de las mujeres embarazadas y parturientas y de sus hij@s en gestación, nacimiento y recién nacidos; y, que, a diez años de la sanción de estas leyes especiales, aún no resultan operativas y exigibles en sede judicial.

### **3.- Enfoque multicausal de la violencia obstétrica**

Entendemos, también desde la multicausalidad, este fenómeno de invisibilización de la cuestión reflejado en la inexistencia de sanciones y rechazo de las pocas demandas por daños que se han presentado desde un punto de vista histórico-sociológico, puesto que los daños que son infligidos a las mujeres y a sus hij@s mediante la violencia obstétrica continúan produciéndose porque han sido naturalizados durante siglos por la medicina en particular y la sociedad en general como “un mal menor”, fruto de la existencia de un paradigma hegemónico en el sanitarismo que consagra el hábitus médico autoritario y androcéntrico como única forma de práctica de la medicina, y que resulta particularmente lesiva para la integridad psicofísica de la mujer y sus hij@s por nacer y recién nacid@s, frente a otras formas de entender la filosofía de la obstetricia y su práctica, que son practicadas por profesionales idóne@s con evidencia científica

de mejores resultados perinatales para la madre y su niño<sup>139</sup>.

Digamos claramente que ese “mal menor” que es la violencia obstétrica que daña a las mujeres embarazadas, pariendo y recién paridas y a sus hij@s, aparece como “menor” en el discurso médico hegemónico frente al “mal mayor” que es la muerte materna, del feto o del hij@ nacid@; pero que la evidencia científica es patente respecto de los pésimos resultados perinatales que se logran mediando violencia: índices de un 35% de cesáreas en instituciones públicas y 76% en privadas, y estadísticas viciadas de falsedad y omisión respecto de histerectomías, muertes fetales, muertes maternas y muertes neonatales como resultados de embarazos de bajo riesgo, de desenvolvimiento normal y con un parto previsiblemente feliz y exitoso. La cifra es aún más cruenta cuando tomamos en consideración las intervenciones médicas a los partos de bajo riesgo: el 100% de los partos se planean como intervenidos, al menos, mediante la administración de oxitocina sintética rutinaria, aún cuando el trabajo de parto avance normalmente: es frecuente escuchar a las obstétricas que necesitan “corregir la dinámica uterina”, para lo que administran cinco unidades de oxitocina sintética al recibir a la paciente parturienta en la guardia<sup>140</sup>, sin conocer su historia clínica, sus expectativas respecto del parto y ni siquiera el contenido de la ley<sup>141</sup>.

Decimos que la violencia obstétrica es naturalizada cuando a las mujeres se nos convence de que el embarazo es una patología, o que puede serlo, en lugar de un proceso natural y en la enorme mayoría de los casos, sin ningún riesgo para la mujer ni su hijo. Y, ante esta “peligrosa realidad” sobre la que la muerte sobrevuela, necesitamos de la permanente asistencia del médico, quien nos informa de todos los riesgos posibles en un embarazo abstracto y reafirma su saber científico frente al desconocimiento materno de los procesos naturales de su cuerpo. Hoy, en nuestro país, los médicos obstetras realizan el 90% de los seguimientos de embarazos de bajo riesgo, en lugar de las Licenciadas/os en Obstetricia que sólo están a cargo del Curso de Psicoprofilaxis del Parto a la semana 32 de gestación y en el momento del parto, circunstancia que aumenta más aún el despojo de la mujer al momento del parto, que la enfrenta con desconocidos y sin la presencia “tranquilizadora” del médico obstetra que la atendió durante toda la gestación.

Nos encontramos entonces con mujeres que han sido convencidas de lo inútil de su saber, lo peligroso de su sensibilidad, y que han delegado el entendimiento de su cuerpo grávido en la ciencia obstétrica y en el médico que la concretiza. Cuando la mujer delega en otros la experiencia del nacimiento de su hij@, da lugar al “parto como acontecimiento médico”<sup>142</sup>, expresión

<sup>139</sup> Entrevista 28/3/18 con Dra. Cristina Giménez de Rosario y entrevista youtube de Diana Galimberti y Lic. Andrea Ducasse, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=bCB5n3wgZW0>

<sup>140</sup> Dra. María Estanislada de Urraza, Dra. Cristina Giménez.

<sup>141</sup> Dra. Cristina Giménez, Dra. Diana Galimberti.

<sup>142</sup> Cf. Sadler (2004).

que lo entiende como un proceso patológico que legitima la intervención y el control médicos quitando de la esfera de la experiencia subjetiva de la mujer la posibilidad de protagonizar el nacimiento de su hij@. Desde este marco, el cuerpo femenino comprende una realidad biopolítica <sup>143</sup> donde la medicina opera des-sensibilizando y descorporizando a la mujer en el proceso de parto como forma de control social, siendo la misma mujer quien acepta esta condición porque el conocimiento médico-tecnológico es un valor de prestigio dentro de este orden social establecido.

Yendo más lejos, podemos ahondar en el análisis antropológico de la norteamericana Robbie Davis-Floyd, quien explicita el simbolismo en las prácticas obstétricas institucionales que, por rutina, se realizan pese a estar prohibidas por los organismos internacionales y la legislación interna. Davis-Floyd, tomando en cuenta el concepto de “rito de pasaje” señala las prácticas que tienen lugar desde la internación hasta el alta de la madre y su hij@, e identificó estas prácticas obstétricas como “rituales” que sirven a la aceptación por parte de la mujer de un orden social establecido, y que la posiciona como objeto de sometimiento, despojándola de la conciencia de su poder y valor social. Así, menciona la infantilización que supone el rasurado de la pelvis, la presunción de incapacidad que implica el uso de silla de ruedas, de enfermedad al transcurrir el trabajo de parto acostadas en camilla, el aumento de la autopercepción de vulnerabilidad en la mujer al despojarla de sus pertenencias, ropas y aislarla de sus personas de confianza durante el trabajo de parto y parto mismo, la situación de sumisión que entraña la posición lititómica durante el parto, llegando a mencionar que los cortes de la episiotomía o cesárea responden a la necesidad de grabar marcas que inscriben las reglas socialmente establecidas para las madres<sup>144</sup>.

#### **4.- Vías administrativas del reclamo por violencia obstétrica**

Con la sanción de la legislación específica, en un comienzo, y sobre todo desde el año 2011 que se crea la CONSAVIG<sup>145</sup> en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se creyó que, a través de observatorios de violencia y de recomendaciones a las instituciones que incurrieran en conductas violentas, se iría instalando socialmente y dentro de la cofradía médica la necesidad de responder la atención sanitaria obstétrica con buenas prácticas.

Hasta el momento no sólo ello no ha ocurrido sustancialmente, sino que, además, el Ministerio de Salud de la Nación recomienda cada vez mayores intervenciones para paliar los efectos negativos del intervencionismo con que son abordados los partos de bajo riesgo<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> Michel Foucault (1989).

<sup>144</sup> Davis-Floyd (1992).

<sup>145</sup> Comisión Elaboradora de Sanciones para la Violencia de Género.

<sup>146</sup> V.Gr. *La indicación de 10 unidades de oxitocina sintética post parto para favorecer el alumbramiento manual de la placenta y disminuir el riesgo de hemorragia materna; la que en*

Hoy en día se puede realizar la denuncia ante la CONSAVIG desde cualquier lugar del país, inclusive vía web, ante la Defensoría del Pueblo en los lugares donde exista, o ante el INADI, el que, no obstante, siempre se ha declarado incompetente. Sin embargo, estos organismos no poseen poder de policía ni sancionatorio sobre las instituciones médicas ni sobre su equipo de profesionales, con lo que todo queda en “un tirón de orejas” tal como lo ha descrito en reiteradas oportunidades la abogada titular de la CONSAVIG, Dra. Perla Prigoshin. El problema, entendemos, es que este organismo toma el maltrato vivido por las mujeres como hechos aislados, como raras excepciones, producto del descuido o la negligencia, lo que minimiza su envergadura y naturaleza como forma sistemática de violencia de género, ya que se niegan a normativizar y reglamentar sanciones jurídicas de cumplimiento obligatorio para las instituciones y equipos médicos ante probadas denuncias por violencia obstétrica.

Estos organismos tampoco poseen estadísticas de las denuncias ni del cumplimiento de sus recomendaciones.

## **5.- Necesidad de contar con una vía para el reclamo judicial**

El planteo jurídico de la identificación de la violencia obstétrica con algunas formas de mala praxis médica nos permite lograr una visibilización más clara de los daños que causan las prácticas obstétricas acostumbradas en las mujeres y sus hij@s durante gestación, parto y primeras horas de vida; por ello decimos que el presente trabajo persigue dos finalidades:

Primeramente, y a los efectos de resolver la urgencia que existe en cuanto a la pertinencia y viabilidad del reclamo judicial en sede civil, ***el reconocimiento de la existencia de un daño efectivo de orden psíquico, moral y en algunos casos también físico, producto de la violencia obstétrica padecida, y su cuantificación económica.*** Esto así, porque el daño psíquico padecido por las mujeres durante el embarazo, parto y puerperio ha sido minimizado y ridiculizado desde el discurso médico hegemónico -discriminatorio per se en cuanto androcéntrico, autoritario y patriarcal- llegando a su invisibilización pese a existir leyes que protegen a las mujeres y sus hij@s. Es tan grave el fenómeno que esta invisibilización también llega al campo de la Psicología, donde ni siquiera las profesionales especializadas en cuestiones de género reciben la formación específica que se requiere para la atención de los trastornos que se manifiestan post violencia obstétrica, subsumiendo todos los síntomas en un laxo síntoma psicológico denominado “el puerperio psicológico” o, a lo sumo, mal-diagnosticando una

---

*realidad es causada habitualmente por la inducción y conducción -- de los trabajos de parto que se desencadenan y transcurren en forma normal, mediante la administración no de una unidad como indica el protocolo de inducción, sino con al menos 5 unidades de oxitocina iniciales, y esto provoca el agotamiento del músculo uterino y una vagotonía tan severa que dificulta su actividad posterior a la expulsión del bebé y genera las tan temidas hemorragias port parto que culminan en histerectomía de urgencia o muerte materna, Dra. María Estanislada de Urraza.*

depresión post parto cuyo tratamiento ordinario puede agravar la sintomatología del stress post traumático.

Y lo mismo ocurre con el daño físico infligido a las mujeres, el que, en la mayoría de los casos, no tipificaría técnicamente como “lesión” según las acepciones jurídicas habituales, aunque la episiotomía de rutina responde a lo que las recomendaciones de OMS mandan evitar y que nuestra Ley de protección al embarazo, al parto y al recién Nacido y su reglamentación denominan “prácticas invasivas innecesarias” que deben evitarse<sup>147</sup> que resultan, por dañosas, temporalmente inhabilitantes para la mujer en un momento vital que la requiere dispuesta al contacto físico permanente con su hij@ recién nacid@, ya que es la principal pauta favorecedora del apego, del amamantamiento y del sueño de su hij@, entre otras cuestiones, trasladándose así, los efectos dañosos de la violencia obstétrica, a la criatura recién nacida<sup>148</sup>. Respecto de este particular, debemos considerar la horrorosa cifra de episiotomías realizadas a las primíparas: nuestras estadísticas señalan un 80%, frente al 6 o 7 % de los países nórdicos y el 20% que recomienda, como máximo, la OMS. Allí, el Dr. Marsden Wagner, ex Director de Departamento de Salud Materno-Infantil de la OMS, denominó directamente “mutilación genital” a la episiotomía de rutina, práctica calificada de igual modo por la Lic. Rocío Cáceres en Chile<sup>149</sup>, y contra la que existe desde hace unos años en Brasil una campaña denominada “episiotomía = mutilación genital occidental”<sup>150</sup>. La episiotomía es una incisión quirúrgica de la vagina y el periné. Practicada a más del 80% de las primíparas en América Latina, constituye un grave problema de salud, por una lesión quirúrgica y hemorrágica que violenta la integridad anatómica y funcional del canal blando del parto.

Debemos tener presente que este reconocimiento de la existencia de daños graves a la salud psicofísica de la madre y su hij@, originados en la violencia obstétrica, y que hoy reclamamos como urgente, viene siendo denunciado desde hace ya décadas en el marco internacional de los Derechos Humanos, fundado en la clara afectación del derecho a la salud y al trato digno libre de violencia<sup>151</sup>. Y que, sin embargo, la vía civil del Derecho interno, que persigue el resarcimiento económico y simbólico de esos daños, se ve coartada por falta de fundamentación para un régimen de atribución de responsabilidad en la legislación interna, aún cuando exista normativa específica en la materia que ampara los derechos afectados.

Paralelamente, en un segundo plano que resulta ser subyacente y fundante de nuestro trabajo, promovemos ***el reconocimiento de la violencia obstétrica como mala praxis médica y obstétrica***, basándonos en que ese daño sufrido por

<sup>147</sup> Art.2, inc.d) de la 29.929 y su Decreto Reglamentario 2035/15.

<sup>148</sup> Wagner, Marsden (2002).

<sup>149</sup> Rocío Cáceres, licenciada en antropología y miembro de la Red Latinoamericana y del Caribe para la Humanización del Parto y el Nacimiento RELACAHUPAN.

<sup>150</sup> Wagner, Marsden (2000).

<sup>151</sup> Cf. CEDAW, Convención de Belém, do Pará y Convención de los Derechos del Niño, así como documentos emanados del Relator Espacial de Naciones Unidas contra la Tortura.

la madre y por su hij@ es absolutamente evitable siguiendo las recomendaciones de nuestra legislación, de la OMS sobre el parto respetado, y del Relator Especial de las Naciones Unidas contra la Tortura. Y que esto queda evidenciado en el análisis estadístico de la atención de embarazos, partos y nacimientos cuando ésta es realizada según las prácticas que procuran evitar el maltrato, que arroja contundentes evidencias científicas de mejores resultados perinatales en madre e hij@<sup>152</sup>.

Debemos entender esto claramente: las buenas prácticas obstétricas no sólo procuran el buen trato y bienestar de la madre y su hij@, sino que, además, resultan beneficiosas desde el punto de vista de la conservación de la salud y la eficiencia en la utilización de los recursos sanitarios. Inclusive profesionales de la salud han denunciado las prácticas violentas a las que aisten a diario por el hecho de no querer ser cómplices de ellas, ante lo cual han sido objeto de sanciones sociales y administrativas en sus ámbitos laborales<sup>153</sup>.

## **6.- La violencia obstétrica constituye una forma de mala praxis médica**

Tal como venimos desarrollando, para arribar a esta conclusión tan contundente, debimos tomar en consideración diferentes aristas de la cuestión que resultan evidentes desde la Antropología<sup>154</sup>, la Sociología<sup>155</sup>, la Psicología<sup>156</sup> y el Derecho, así como las formas clásicas de concebir la medicina que fueron olvidadas durante su apogeo liberal del siglo XX y que aparecen mentadas en las entrevistas a las médicas obstetras consultadas<sup>157</sup>, puesto que la legislación específica de nuestro país las ha reeceptado en la década pasada, siguiendo las recomendaciones que, desde los años '80, se realizan desde OMS, CLADEM y UNICEF<sup>158</sup>, separándose del paradigma tecnocrático mercantilista y androcéntrico en la atención de los cuerpos, para centrarse en la mujer, sus procesos naturales, y la relación de confianza entre médico/a y paciente que estas leyes buscan recuperar.

Partimos, entonces, de la base de escuchar a las mujeres gestantes,

<sup>152</sup> Dra. Cristina Giménez y Dra. Diana Galimberti, Cf. Observatorio de Violencia Obstétrica de Las Casildas y El Parto es Nuestro.

<sup>153</sup> Cf. Dra. Cristina Giménez; Dra. María Estanislada de Urraza; Dra. Diana Galimberti.

<sup>154</sup> Cf. Robbie Davis-Floyd en EEUU, Sheila Kitzinger en el Reino Unido, Michele Sadler en Chile, Carmen Tornquist en Brasil, Valeria Lucía Fornes en nuestro país, entre otras antropólogas estudiosas de los procesos reproductivos.

<sup>155</sup> Cf. Pierre Bourdieu en “La Dominación Masculina”. Barcelona: Anagrama, 2000 y en “Sobre el poder simbólico”, en: Intelectuales, política y poder. Trad. Alicia B. Gutiérrez. Bs As, Eudeba, 2005; y, en el mismo sentido, estudios sobre las relaciones de poder en la obra de Michel Foucault, fundamentalmente en “Historia de la Sexualidad – La Voluntad de Saber”, Siglo XXI Editores de España, 1989.

<sup>156</sup> Cf. Dra. Ibone Olza Fernández en España; Lic. Natalia Liguori en nuestro país.

<sup>157</sup> Dra. Cristina Giménez, Dra. María Estanislada de Urraza y Cf. Dra. Diana Galimberti.

<sup>158</sup>[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134590/WHO\\_RHR\\_14.23\\_sp.pdf;jsessionid=9857A218645E1EBF1EA744052F9E640B?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134590/WHO_RHR_14.23_sp.pdf;jsessionid=9857A218645E1EBF1EA744052F9E640B?sequence=1) .

parturientas y recién paridas, al relatar sus procesos reproductivos y los daños causados por el personal de salud y por las instituciones donde fueron atendidas, analizando sus relatos a la luz de las leyes 25.929 y 26.485<sup>159</sup>. Con posterioridad, procuramos encontrar los presupuestos básicos subyacentes que posibilitan la naturalización del trato violento en la atención de los procesos reproductivos, hallándonos en un paradigma médico androcéntrico, de tipo intervencionista-tecnocrático, que aún impera, hegemonizando el campo de la atención sanitaria y silenciando a las mujeres, quienes, como sujetos sociales no escapan a estas relaciones históricamente constituidas donde el saber-poder está en manos de los médicos y el no-saber y no-poder les corresponde a los pacientes. Los estudios académicos al respecto son contundentes respecto de este Modelo Médico Hegemónico<sup>160</sup>: en la formación universitaria de los médicos, los procesos naturales de embarazo, parto y puerperio, son patologizados para hegemonizar la atención sanitaria desde el paradigma médico intervencionista-tecnocrático, que pierde de vista la dimensión humana, emocional y psicológica de la reproducción, criterio que también aparece en las entrevistas a médicas obstetras que ejercen actualmente su profesión tanto en el campo institucional como del acompañamiento domiciliario de partos de bajo riesgo, Dras. María Cristina Giménez y María Estanislada de Urza.

Prosiguiendo con el análisis de la realidad, encontramos, además, un terreno donde claramente se entrecruzan violencia obstétrica e institucional, puesto que, para que se desarrollen prácticas violentas por parte de médicos, parteras y enfermeras, esas prácticas deben estar fomentadas, avaladas y/o toleradas por la institución asistencial y el Ministerio de Salud a nivel local, provincial y nacional<sup>161</sup>. Al respecto, debemos destacar el grave hecho que se configura con la inexistencia de estadísticas oficiales de resultados perinatales, de denuncias por mala praxis o/y violencia obstétrica y de sus secuelas, por lo que, desde la ONG y Observatorio de Violencia Obstétrica Las Casildas, se está elaborando la primer estadística voluntaria sobre secuelas de violencia obstétrica<sup>162</sup>.

Finalmente, y en pos de la comprensión integral del fenómeno que configura la posibilidad del ejercicio de violencia obstétrica como una forma de mala praxis médica y lo grave de la afectación psicológica y física de su padecimiento, ponemos de manifiesto, desde el campo de la psicología, el estado de vulnerabilidad psíquica de la mujer embarazada, parturienta, y reciente madre, y que responde a la necesaria y natural adaptación hormonal que la

<sup>159</sup> Entrevistas particulares, e informes de El Parto es Nuestro, Las Casildas y Fortaleza 85.

<sup>160</sup> Modelo Médico Hegemónico (MMH) con el fin de designar el tipo de práctica médica característica de la biomedicina: biologismo, a-historicidad, a-socialidad, mercantilismo y eficacia pragmática. El apellido hegemónico proviene de la teoría de Gramsci y se opone al de subalterno Cf. Comelles, Joseph María y Angel Martínez (1993).

<sup>161</sup> De Bruyn, Maria (2003), Galimberti, Diana y Mazzei, Pablo en “Violencia Obstétrica”, informe del Comité de Bioética del Hospital Álvarez de CABA [http://www.fasgo.org.ar/images/Violencia\\_obstetrica.pdf](http://www.fasgo.org.ar/images/Violencia_obstetrica.pdf).

<sup>162</sup> [https://www.facebook.com/lascasildas.3/?hc\\_ref=ARR\\_yKX\\_WD0Q8ziAzcsNt1AvwsUiUKHrhcYEipS-Dm-qnyhkSq4wn2tKReby8kAFqY&fref=nf](https://www.facebook.com/lascasildas.3/?hc_ref=ARR_yKX_WD0Q8ziAzcsNt1AvwsUiUKHrhcYEipS-Dm-qnyhkSq4wn2tKReby8kAFqY&fref=nf).

prepara para el afianzamiento del vínculo y la lactancia con su hijo por nacer, y por ello debemos considerar siempre esta particular circunstancia al analizar las prácticas de l@s profesionales, porque en el estado de vulnerabilidad en que se encuentra, las experiencias son percibidas y grabadas en la psiquis con una intensidad diferente a la habitual en otros momentos de la vida, por lo que el daño psicológico es mayor y de difícil tratamiento, configurando cuadros graves de stress post traumático y ansiedad -en algunos casos asociada con depresión-, entre otros trastornos que requieren de tratamiento específico para ser superados, establecer el vínculo materno-filial y retornar a la vida habitual<sup>163</sup>.

Con esos datos que diferentes disciplinas científicas nos aportan, logramos delinear una visión integral del embarazo, el parto, el posparto y el nacimiento, estamos en condición de establecer un mínimo legal de garantía en la atención sanitaria de la mujer embarazada, en situación de parto y posparto, debajo del cual sólo existen prácticas imprudentes, negligentes o imperitas, e inclusive algunas veces mediando dolo en la realización de las mismas, como conocemos en los comentarios relativos a la falta de tolerancia al dolor de parto o la negativa a dejarse intervenir innecesariamente<sup>164</sup>; y estas conductas no sólo se dan en casos de nacimientos con vida sino también en los casos de abortos y muerte perinatal, supuestos éstos a los que no nos abocaremos en el presente trabajo en función de su extensión y que, por sus particulares implicaciones, merecen un estudio específico y exhaustivo.

Este mínimo legal de buenas prácticas obstétricas, no es una elaboración doctrinaria y legal (aunque no coactiva) exclusiva de nuestro país, en Latinoamérica encontramos algunos indicios de su tratamiento:

Venezuela, en el año 2007 fue el país pionero en dictar su Ley Orgánica sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia<sup>165</sup>, la que en su art. 51 tipifica la violencia obstétrica: *Se considerarán actos constitutivos de violencia obstétrica los ejecutados por el personal de salud, consistentes en*

*-No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas*

*-Obligar a las mujeres a parir en posición supina y con las piernas levantadas, existiendo los medios necesarios para la realización del parto vertical*

*-Obstaculizar el apego precoz del niño o niña con su madre sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de cargarle y amamantarlo inmediatamente al nacer*

*-Alterar el proceso natural del parto mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer*

<sup>163</sup> Lic. Natalia Liguori, Cf. Fernández Guillén (2015); Belli (2014); Olza Fernández (2013).

<sup>164</sup> [https://www.facebook.com/pg/elpartoesnuestro/photos/?tab=album&album\\_id=1759814414084522](https://www.facebook.com/pg/elpartoesnuestro/photos/?tab=album&album_id=1759814414084522)

<sup>165</sup> Disponible en [http://catalogo.mp.gob.ve/min-publico/Eventos/E\\_2012\\_p.77-83.pdf](http://catalogo.mp.gob.ve/min-publico/Eventos/E_2012_p.77-83.pdf)

*-Practicar el parto por vía de cesárea, existiendo condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer”.*

En Colombia, Sarah Fernández Moreno expresa: *“Identificar la violencia de género dentro de las practicas institucionales de salud, permite deducir que esta es una problemática inherente e incorporada al quehacer diario de las instituciones hospitalarias, enraizadas dichas prácticas en los saberes médicos hegemónicos como superiores y portadores de por sí, de poder, sin cuestionamiento alguno, masculinizadas, naturalizadas en el ejercicio cotidiano mediante rutinas, actitudes, lenguaje y manejo de este saber, que está legitimado por la institución desde la desde la organización misma de los servicios, las funciones de cuidado, atención e instrucción, y desde las intervenciones y diagnósticos”*<sup>166</sup>.

En México, anteriormente, María de Bruyn<sup>167</sup> denunció la violencia institucional contra las mujeres en la atención sanitaria obstétrica.

E inclusive se explicita desde la ONU la pertinencia de su consideración en el campo de los Derechos Humanos, donde algunas formas de violencia obstétrica son consideradas, directamente, como tortura: (...) *el Relator Especial contra la Tortura ha puntualizado que los tratamientos médicos invasivos o de tipo irreversible, en el supuesto que no tenga un objetivo terapéutico, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente. “El derecho internacional de los derechos humanos reconoce en grado creciente que los abusos y los malos tratos infligidos a mujeres que tratan de obtener servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género (A/HRC/22/53). Los proveedores de servicios sanitarios tienden a ejercer una autoridad considerable sobre sus pacientes, lo que sitúa a las mujeres en una posición de indefensión, mientras que la falta de marcos jurídicos y normativos que permitan a las mujeres ejercer su derecho a acceder a los servicios de salud reproductiva las hace más vulnerables a la tortura y los malos tratos” “Las mujeres y niñas que tratan de obtener servicios de salud reproductiva en sus entornos profesionales están a menudo expuestas a padecimientos y dolores intensos y se ven obligadas a someterse a procedimientos y exámenes no deseados, degradantes y humillantes”. “En muchos Estados, las mujeres que tratan de obtener servicios de salud materna se exponen a un riesgo elevado de sufrir malos tratos, en particular en el período prenatal y puerperal. Estos malos tratos van desde alargar los plazos para llevar a cabo ciertos procedimientos médicos, como suturar las heridas del parto, hasta no emplear anestesia. Ese tipo de vejaciones suelen estar motivadas por ciertos*

<sup>166</sup> Fernández Moreno, Sarah, “La violencia de género en las practicas institucionales de salud: afectaciones del derecho a la salud y a las condiciones de trabajo en salud”, Gerencia y Política en Salud, enero-junio, año/vol. 6, número 12, Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, p. 74.

<sup>167</sup> De Bruyn, María (2003).

*estereotipos sobre el papel procreador de la mujer e infligen un sufrimiento físico y psicológico que puede constituir malos tratos”<sup>168</sup>*

En consideración de lo expuesto, al decir que la violencia obstétrica es un tipo de violencia de género que se encuentra arraigada en las prácticas institucionales del sistema de salud, contraviniendo las normas internas e internacionales que protegen los Derechos Humanos de las mujeres y sus hij@s, afirmamos que el ejercicio de conductas violentas por parte del personal de salud que asiste embarazos, partos y nacimientos, constituye una forma de mala praxis obstétrica para médic@s y obstétricas, así como también lo es para l@s enfermer@s.

Por lo tanto, observamos que violencia obstétrica resulta existir como producto de la intersección de la violencia estructural de género y la violencia institucional en salud, con lo que constituye un tipo de violación a los derechos sexuales y reproductivos hasta ahora muy poco problematizado e invisibilizado<sup>169</sup> y que resulta grave por los efectos y secuelas que deja en quienes la padecen.

Ni desde el Estado ni desde las instituciones sanitarias se difunden los derechos de las mujeres en materia reproductiva, tampoco la posibilidad de denunciar las prácticas de violencia obstétrica ni se brinda acceso a los formularios para su denuncia a las mujeres usuarias de los sistemas de salud ni a sus acompañantes.

Asimismo, debemos explicitar también que, al encontrarse las prácticas de violencia obstétrica incorporadas de manera acrítica a la práctica de los profesionales de la salud, esta naturalización se potencia perpetuándose en el tiempo, puesto que gran parte de los centros asistenciales de la maternidad son hospitales-escuela, donde l@s alumn@s y residentes se forman en la *mala* práctica de la obstetricia.

Así las cosas, las prácticas de violencia obstétrica se encuentran tan naturalizadas entre las mismas mujeres que las viven, que resulta difícil incluso conceptualizarlas como tales.

## **7.- La reparación del daño causado por violencia obstétrica**

### ***7.1.- Ineficiencia de las vías administrativas***

Anteriormente expusimos los criterios sancionatorios de los organismos administrativos encargados de recibir denuncias por violencia obstétrica. Debemos decir, además, que las afectadas que presentaron denuncias en ellos, fueron, a su vez, intimidadas por los prestadores de servicios de salud y prepagas mediante cartas documento reclamándoles por presuntas difamaciones maliciosas, o sea, sus denuncias reclamando el cumplimiento de las mandas

<sup>168</sup><http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361>

<sup>169</sup> Cf. Magnone Alemán (2011).

legales y de Derecho Internacional Público.

## **7.2.- Rechazo de las demandas civiles fundadas en la ley y tratados internacionales**

A lo dicho tu supra, debemos agregar que, en sede judicial, se han rechazado denuncias penales por atípicas y demandas civiles por improcedentes en cuanto no existe reglamentación para viabilizar los reclamos civiles, aún a posteriori de la sanción del nuevo CCyC que, como veremos, establece como regla la antijuridicidad objetiva y material.

## **8.- La situación del reclamo por daños en el nuevo régimen del Código Civil y Comercial**

En función de la unificación del Código Civil y Comercial, el nuevo régimen de responsabilidad por el hecho dañoso, y sobre todo con la consagración de la teoría de las cargas probatorias dinámicas<sup>170</sup>, abre una nueva vía para la operatividad de los reclamos por daños fundados en las leyes 25.929 y 26.485 considerando los antecedentes de demandas rechazadas aduciendo que estas leyes carecen de régimen de sanciones y responsabilidad en su reglamentación.

El CCyC en su artículo 1717<sup>171</sup> consagra la antijuridicidad objetiva y material, por lo que ya no existe duda en cuanto a que la ilicitud civil, a diferencia de la penal, es atípica, pues no es necesario que la ley detalle, en cada caso, cuál es la conducta prohibida. Por este motivo, entendemos que debe seguir su curso la demanda que invoque el daño causado por violencia obstétrica, esté o no planteada como mala praxis médica, en función de su atipicidad:

*“(... )la interpretación hace prevalecer el principio alterum non laedere como eje del sistema, a partir del texto constitucional (19 CN). (...) En consecuencia, cualquier acción u omisión no justificada que causa un daño será antijurídica, con lo que, para que se configure este presupuesto, basta con que se viole el deber general de no dañar a otro. Es decir que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, el ilícito civil es atípico, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida.*

---

<sup>170</sup> CCyC, art. 1734: PRUEBA DE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y DE LAS EXIMENTES: Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega. Y art. 1735: FACULTADES JUDICIALES: No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

<sup>171</sup> CCyC art. 1717 ANTIJURIDICIDAD: cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

*Por otra parte, la antijuridicidad no requiere de la concurrencia de un factor de atribución, porque si bien este último es presupuesto de la responsabilidad civil, para la prevención del daño basta con la prueba de un hecho dañoso (actual o inminente), sin necesidad de que medie aquel factor (Art.1711 CCyC)*

*Asimismo, hay que señalar que el principio de la atipicidad del ilícito también rige para las omisiones, pues el Art. 1710<sup>172</sup> CCyC permite afirmar que toda persona tiene el deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar, evitar un daño a un tercero (más aún, entonces, cuando el tercero afectado es una paciente y su hijo y quien puede evitar el daño es, por ejemplo, un enfermero o camillero que está presenciando el parto).*

*El ilícito civil es atípico, no requiere de tipicidad para configurarse, por tanto, y por estar además detalladas las conductas violentas en la actuación obstétrica, es perfectamente viable la acción por daños fundada en este artículo”<sup>173</sup>.*

Dice el CCyC en su art.1716: *La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.*

Vemos aquí un cambio del eje de la responsabilidad extracontractual, el CCyC tutela el interés general, no se busca aquí castigar a un responsable sino resarcir todo daño injustamente sufrido.

Posteriormente, en su artículo 1712, el CCyC establece que cualquier persona o entidad que acredite un interés razonable en la prevención del daño, está legitimada para reclamar. *“La norma en análisis consagra una legitimación amplia para promover la acción preventiva, pues establece que puede iniciarla todo aquel que ostente un “interés razonable” en la prevención del daño.*

<sup>172</sup> Art. 1710: Deber de prevención del daño: Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) Evitar causar un daño no justificado;
- b) Adoptar de buena fe, y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) No agravar el daño, si ya se produjo.

En primer lugar, en este Artículo se establece el deber general de no dañar a otros, que tiene rango constitucional; y, correlativamente, un deber genérico de prevención del daño, que comprende no sólo el perjuicio que aún no se ha causado como la disminución de la magnitud del que se está produciendo. La transgresión de tal deber, funda la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil (Art.1717 CcyC) (Caramelo, Picasso, y Herrera, 2015)

<sup>173</sup> Caramelo, Picasso, y Herrera, 2015.

*Dejando de lado casos específicos, una primera aproximación general al tema podría pasar por que, en principio, tienen un interés razonable en la prevención los sujetos mencionados en el Art.43 CN para la acción de amparo; es decir, el propio damnificado, el Estado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propenden a la defensa de los derechos conculcados, siempre que se encuentren registradas como tales conforme a la legislación aplicable”. Debemos considerar al respecto, dos cuestiones, primero la amplitud de criterio que se propone para determinar la legitimación, y también que existen en nuestro sistema jurídico, algunos “microsistemas” que regulan reglas de legitimación específica (Ley 25.675 de defensa del medio ambiente, ley 24.240 de Defensa del consumidor), por lo que bien podríamos, en tutela del interés general, establecer como pauta a favor de las familias afectadas, la posibilidad de intervenir directamente el Defensor del Pueblo y ONGs especialistas en la temática de violencia obstétrica puesto que, recordemos, no existe un numerus clausus de legitimados cuestión que podrá variar según los casos y según cuál sea la regulación específica de la relación jurídica en que se encuentra inmersa la acción preventiva. Siempre que exista un titular de derecho subjetivo, de un interés legítimo o que se cuenta con legitimación suficiente para tutelar un interés difuso determinado, así como la existencia tanto de un daño ilegítimo consumado, como de una amenaza cierta de que se produzca un daño ilegítimo<sup>174</sup>.*

## **9.- Conclusión: La estrategia de presentar las demandas de daños y perjuicios como una forma de mala praxis médica**

En virtud del análisis amplio y multicausal que entraña la práctica de la violencia obstétrica y que efectuamos desde diversas disciplinas científicas, podemos contar con una sólida fundamentación del daño causado por ella.

Citando nuevamente a la mexicana Sarah Fernández Moreno “*la violencia es resultado de un proceso relacional, histórico, construido socialmente como producto de las interacciones sociales entre las personas*”, por lo que, a la hora de denunciar la violencia obstétrica, debemos procurar visibilizar el entramado social que la constituye, a la vez que remarcar la existencia de otras formas y prácticas obstétricas, de conformidad no sólo con la ética profesional sino con las normas internas e internacionales sobre la materia; las que, además, evidencian mejores resultados clínicos.

Así, sumando las conductas violentas que contravienen la normativa y las recomendaciones de la OMS -que sólo se explican mediante el entramado socio-histórico que posibilita su naturalización-, junto a los pésimos resultados perinatales que vemos, resulta clara la posibilidad de interponer una exitosa demanda por mala praxis profesional donde hubo violencia obstétrica y obtener, no sólo el resarcimiento económico del daño padecido, sino también las efectivas sanciones internas hacia l@s profesionales condenad@s por mala praxis.

---

<sup>174</sup> Caramelo, Picasso, y Herrera, 2015.

Para finalizar, recordamos que en el ámbito internacional, el problema del acceso a la justicia, la reparación y la aplicación de sanciones a quienes ejercen violencia, resultan primordiales. En este sentido, la Relatora Especial de Naciones Unidas Sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, Rashida Manjoo, en el año 2010 expresó: *“Las víctimas de la violencia de género tropiezan con importantes obstáculos para acceder a la justicia y a las medidas de reparación, como la ausencia de marcos jurídicos nacionales para que los responsables rindan cuentas de sus actos o las deficiencias de tales marcos, además de algunos obstáculos prácticos, como los gastos significativos que implica acceder a los tribunales. Los delitos por razones de género pueden llevar aparejado el estigma, y las víctimas pueden temer el rechazo de sus familiares y de la comunidad y tener que tratar con personal que no esté debidamente capacitado para responder a sus necesidades. Todas las víctimas han de tener acceso a recursos judiciales y administrativos eficaces. Para ello se deben eliminar las barreras discriminatorias y se debe prestar apoyo a las víctimas en todas las etapas del proceso judicial. 66. Las reparaciones deben fijarse a partir de una comprensión plena del componente de género y de las consecuencias del daño sufrido, y han de tener en cuenta las desigualdades de género existentes para que no resulten ellas mismas discriminatorias”. (...)* *“Deben abordar el contexto de discriminación estructural en el que se produjeron las violaciones y han de aspirar a la restitución y la rectificación<sup>41</sup>.” (...)* *“Las reparaciones han de tener un efecto transformador, abordando las causas subyacentes y las consecuencias de las violaciones, y ofrecer una protección continuada a las víctimas y una colaboración respetuosa con ellas.” (...)* *Como se estipula en la Declaración de Nairobi sobre el Derecho de las Mujeres y las Niñas a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, se han de dar a las víctimas los medios para que contribuyan a determinar qué formas de reparación son las más adecuadas para su situación.<sup>67</sup>” (...)* *“Un resarcimiento adecuado requiere que los Estados investiguen, procesen y sancionen a los responsables y que informen al público de los resultados. Los Estados deben velar por que los procedimientos judiciales y las normas que rigen la práctica de la prueba tengan en cuenta las cuestiones de género; que se dé igual peso al testimonio de las mujeres, las niñas (...); y que la introducción de pruebas discriminatorias y el hostigamiento de víctimas y testigos estén estrictamente prohibidos<sup>42</sup>”<sup>175</sup>.*

Digamos entonces que, desde esta visión multicausal de la violencia obstétrica, que entraña la naturalización de malas prácticas médicas, se nos amplía notoriamente la posibilidad de interponer acciones reparatorias del daño sufrido. Nos cabe, entonces, asumir el desafío; porque, como profesionales del Derecho que somos, la obtención de Justicia para las víctimas de violencia obstétrica está en nuestras manos.

---

<sup>175</sup> Documento A/HRC/14/22 Disponible en <http://www.onu.cl/onu/wp-content/uploads/2014/03/G1013112.pdf>

## Bibliografía

- BELLI F., Laura (2014), “Violencia Obstétrica, otra forma de violación a los Derechos Humanos”, en *Revista Redbioética*, UNESCO.
- BOURDIEU, Pierre (2000). “Sobre el Poder Simbólico” en *Intelectuales, Política y Poder*, traducción de Alicia Gutiérrez, Buenos Aires, EUDEBA.
- COMELLES, Joseph María y MARTÍNEZ, Angel (1993). *Enfermedad, Cultura y Sociedad. Un ensayo sobre las relaciones entre la Antropología Social y la Medicina*. Madrid: Eudema.
- DAVIS-FLOYD, Robbie (1992), *Birth as an American Rite of Passage*. Berkeley: University of California Press.
- DE BRUYN, Maria (2003), *La violencia, el embarazo y el aborto. Cuestiones de derechos de la mujer y de salud pública*. Segunda edición. Chapel Hill, Carolina del Norte.
- FERNÁNDEZ, Ana María (2006). “Poder y Autonomía: Violencias y Discriminaciones de Género”, Agencia Laín Entralgo, Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid.
- FERNÁNDEZ GUILLÉN, Francisca (2015), *Violencia Obstétrica: Aspectos Sociales, Éticos y Jurídicos*, Madrid, 2015;
- FOUCAULT, Michel (1989). “La Voluntad de Saber” en *Historia de la Sexualidad*, Siglo XXI Editores de España.
- GIBERTI, Eva (1992). “Mujer, enfermedad y Violencia en Medicina. Su relación con cuadros psicossomáticos”, en Giberti, Eva y Fernández, Ana María (comp) “*La mujer y la violencia invisible*”, Buenos Aires, Ed. Sudamericana.
- MAGNONE ALEMÁN, Natalia, Uruguay (2011), disponible en: <http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/2013/archivos/Magnone.pdf>
- OLZA FERNÁNDEZ, Ibone (2017). *Parir. El Poder del Parto*, Ediciones B, España, 2017.
- CARAMELO, Gustavo, HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, disponible en [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)
- SADLER, Michelle (2004). “Así me nacieron a mi hija. Aportes antropológicos para el análisis de la atención biomédica del parto”, en Sadler, Acuña y Obach, acer, Educar, Sanar; *Miradas desde la Antropología del Género*. Colección Género, Cultura y Sociedad, Cátedra UNESCO Género. Catalonia, Santiago de Chile.
- WAGNER, Marsden, “*El nacimiento en el próximo milenio*”, Conferencia presentada en el I Congreso Internacional de Parto y Nacimiento en

**Fuentes directas consultadas en entrevista:**

Lic. Natalia LIGUORI: Lic. en Psicología (MN 47.600 - MP 96.341) con orientación clínica (UCES) y formación específica en Salud Mental Perinatal (Instituto Europeo de Salud Mental Perinatal). Coordinadora de la Comisión de Psicología Perinatal y Docente de la Escuela de Formación de Psicología Perinatal del Colegio de Psicólogos del Distrito XV de la Provincia de Buenos Aires. Integrante de la Asociación Civil Dando a Luz. Co-coordinadora de Nacer Juntos Psicología Perinatal. Miembro de IAN (International Attachment Network) Argentina, de Psicólogas Acompañando Crianzas y miembro honorífico del Comité Asesor de la Unión de Puericultoras Argentinas.

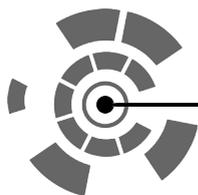
Dra. María Cristina GIMÉNEZ: Médica Humanista. Matrícula Provincial: 10.002. Colegio Médico 2da Circunscripción. Rosario. Santa Fe. Matrícula Nacional 90.731. Registro de Especialidades: Ginecología: 22/242. Obstetricia 36/159. Médica Especialista en Ginecología y Obstetricia, UNR. Master en Oncología Clínica, Universidad Argentina J.F. Kennedy, Bs. As. Ex docente universitaria Fac. De Cs. Médicas UNR. Ex miembro de “El Parto es Nuestro” -España- como Asesor Profesional Lista Apoyo Cesáreas. Miembro de “El Parto es Nuestro -Argentina-”. Miembro de RELACAHUPAN -Red Latinoamericana y del Caribe para la Humanización del Nacimiento y el Parto.

Dra. María Estanislada DE URRAZA: Médica Especialista en Ginecología y Obstetricia UNLP, 2008. Residente y Jefa de Residentes en el Hospital Zonal General de Agudos “Mi Pueblo” en Florencio Varela, Provincia de Buenos Aires. Ginecóloga y Obstetra en el sistema privado de atención en La Plata.

Dra. María Florencia GUT: Abogada UCALP, 2003. Ex miembro de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires 2004-2007. Abogada en el ejercicio liberal de la profesión en materia Civil desde 2003 en La Plata, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Mar del Plata. Participante del Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, Mar del Plata, Abril de 2018.



## “Importancia del trabajo en la etapa de post-encierro como herramienta de reinserción social de los liberados. La Ley Provincial 14.301 y sus proyecciones al ámbito municipal”



*Leandro Kunusch Ribichini*

(UNS)

### **Resumen:**

Numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos –y legislaciones nacionales diseñadas en consecuencia– prevén que las penas privativas de la libertad tienen como finalidad la resocialización y reinserción social de los condenados. Entienden por resocialización al proceso que busca que una persona pueda reintegrarse con éxito a la sociedad, y en el cual se haga hincapié en las circunstancias que llevaron a la persona a delinquir, coadyuvando a su desaparición. No ven a la pena como una herramienta tendiente a separar al condenado por la separación misma, sino como un mecanismo que busca operar directamente en las causas que provocaron el desenlace delictivo.

A su vez, estos instrumentos ven en el trabajo una herramienta que, en este proceso, cumple un rol bifronte. Por un lado, porque posee una función educativa y terapéutica que resulta fundamental en la adquisición de valores ligados al proceso de resocialización –y, por consiguiente, para lograr una posterior reinserción social exitosa–, dado que es un medio para relacionarse con sus pares y desarrollarse en sociedad, y una herramienta valiosa con la que cuenta el hombre para sentirse útil y fortalecer su dignidad. Por el otro, porque sobre todo en contexto de delitos contra la propiedad –robos, hurtos– permite operar directamente con relación a las causas que llevan a la persona a los hechos de delincuencia, dado que constituye un medio digno de subsistencia que también le permitirá tener el orgullo de sustentar a su familia.

Sin embargo, la realidad actual demuestra que en nuestro país no solo las cárceles son inadecuadas para cumplir con la finalidad constitucional y convencional de la pena, sino que a partir de que las personas recuperan la libertad se

encuentran en una situación de vulnerabilidad y desamparo que les obstaculiza sus posibilidades de reinserción social.

En este contexto, resultan valiosas aquellas herramientas que en los hechos coadyuvan a la obtención de la finalidad referida. La Ley Provincial 14.301 establece un régimen destinado a proveer de trabajo a personas liberadas, y recientemente en la ciudad de Bahía Blanca se presentó un Proyecto de Ordenanza Municipal que busca adherir a dicha normativa.

## **1.- La resocialización y reinserción del condenado como horizonte de la etapa de ejecución de las penas privativas de la libertad**

Transitada la instancia investigativa seguida en contra del encartado, y acaecidos en juicio oral veredicto condenatorio y sentencia posterior de condena –la cual, revisada, adquiere firmeza–, nos adentramos en la última etapa del proceso penal que involucra todo lo concerniente a la ejecución de la pena. Afirma Gorsd (2015) que en este estadio, en especial en lo que refiere a la ejecución de penas privativas de la libertad –sanción que predomina en nuestro sistema–, deben observarse ciertas reglas y principios de jerarquía constitucional.

Tanto nuestra Constitución Nacional como numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos<sup>176</sup> –y legislaciones nacionales diseñadas en consecuencia– prevén que la ejecución de las penas privativas de la libertad tiene como finalidad la resocialización –durante el período de encierro– y reinserción social –durante el período de post encierro– de los condenados. Así, entienden por *resocialización* al proceso en el cual, en la búsqueda de que una persona pueda reintegrarse con éxito a la sociedad, se hace hincapié en las circunstancias que llevaron a la persona a delinquir, coadyuvando a su desaparición, no concibiendo a la pena como una herramienta tendiente a separar al condenado por la separación misma sino como un mecanismo que busca operar directamente en las causas que provocaron el desenlace delictivo. A su vez, entienden por *reinserción* a la acción efectiva del condenado de volver a formar parte del conjunto social del cual, si bien sigue siendo parte durante su estadía en el penal, fue temporalmente privado de libre e independiente contacto, habiéndose producido durante el encierro una pertenencia dirigida y controlada por el Estado.

Es amplio el bagaje normativo del cual se infieren las denotaciones precedentes. Así, el artículo 18 de nuestra Carta Magna prevé que “...*Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...*”, señalando Vitale (2007) que aquella ‘seguridad’ a que hace referencia importa el objetivo de brindar al condenado un trato que le permita disminuir sus cuotas de vulnerabilidad social, en línea con el fin de reinserción social de la ejecución penal derivado del Derecho Internacional de

<sup>176</sup> Que por imperio del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional poseen jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

los Derechos Humanos.

En el ámbito internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos —en adelante, CADH—, prevé en su artículo 5.6 que “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...*”, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en adelante, PIDCyP—, dispone en su artículo 10.3 que “*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...*”.

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas<sup>177</sup> también contienen previsiones sobre la cuestión: en su Preámbulo se declara que “*...las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad...*”.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos —Reglas Mandela— prevén numerosas disposiciones en esta línea: la Regla 4, que establece que “*...[debe aprovecharse] el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo*”; Regla 88, que reza: “*En el tratamiento de los reclusos no se recalcará el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de reinsertar a los reclusos en la sociedad*”; Regla 90, que establece que “*El deber de la sociedad no termina con la puesta en libertad del recluso. Por consiguiente, se habrá de disponer de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al ex recluso una ayuda pospenitenciaria eficaz que contribuya a disminuir los prejuicios contra él y le permita reinsertarse en la sociedad*”; y Regla 91, que dispone que “*El tratamiento de las personas condenadas a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en la medida en que la duración de la pena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo...*”.

Cabe tener en consideración, con relación a este último apartado, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo Verbitsky, dijo que “*...las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas*

<sup>177</sup> Aprobados el 13 de Marzo de 2008 por Resolución N° 01/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

*de libertad...*” y que “...*la seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario...*”<sup>178</sup>.

De las Reglas Mandela interpretadas a la luz del decisorio de la Corte se infiere con claridad que resulta un imperativo constitucional no solo procurar la resocialización del condenado durante el proceso ejecutivo de la pena, sino también lograr su reinserción en la sociedad por medio de un acompañamiento posterior a su puesta en libertad, siendo obligación del Estado poner en marcha mecanismos que tiendan eficazmente a la consecución de la meta precedente.

Estos mecanismos que el Estado tiene la obligación de implementar, deben traducirse en políticas públicas, planes y programas que tengan por objeto dar a las personas criminalizadas la asistencia, herramientas y oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad con opciones a un proyecto de vida digno.

En virtud de lo expuesto, la resocialización y reinserción social de las personas condenadas a penas privativas de la libertad involucra una obligación para el Estado Argentino, desde el marco normativo conformado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Constituye la finalidad y meta esencial de la imposición de una pena, siendo responsabilidad del Estado –quien la impone y controla su cumplimiento– procurar se alcance tal cometido constitucional y convencional<sup>179</sup>.

## **2.- El trabajo como derecho humano: su tutela en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Señala Bidart Campos (2006) que el trabajo es una actividad humana en la que el hombre empeña y compromete su dignidad; su valor proviene del valor del hombre que lo realiza, no siendo una mercancía sino una conducta humana. Por tales consideraciones, en el trabajo se vuelca la vida, la salud, la energía, la subsistencia y la seguridad del hombre.

En el plano constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos

<sup>178</sup> “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”; CSJN, 03/05/2005, *Fallos*: 328:1146

<sup>179</sup> En esta línea se enmarcan tanto la Ley Nacional 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad como la Ley Provincial 12256 de Ejecución Penal Bonaerense. Ello en tanto el artículo 1 de aquella dispone que “*La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*”, en tanto el artículo 4 de la segunda establece que “*El fin último de la presente ley es la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control*”.

Humanos, el trabajo es erigido como un verdadero derecho.

La Constitución Nacional dispone en su artículo 14 que *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...”*, a la vez que su artículo 14bis consagra un catálogo de derechos y garantías sociales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 prevé en su artículo 23 que *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual (...)”*.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, dispone en su artículo 6 que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”* y que *“Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”*.

La Observación General N° 18, titulada “El derecho al trabajo”, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>180</sup> en el año 2005, dispone en el Párrafo 1 que *“(...) El derecho al trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad...”*; a su vez, los Párrafos 43 y 44 agregan que *“Para crear condiciones favorables al disfrute del derecho al trabajo, es menester que los Estados Partes adopten medidas apropiadas para hacer que tanto el sector privado como el sector público tengan conciencia del derecho al trabajo en el ejercicio de sus actividades...”* y que *“La estrategia nacional en materia de empleo debe tener especialmente en cuenta la necesidad de eliminar la discriminación en el acceso al empleo. Debe garantizar un acceso equitativo a los recursos económicos y a la formación técnica y profesional, especialmente para las mujeres, y las personas y grupos desfavorecidos y marginados...”*

---

<sup>180</sup> Dependiente del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, de 1988, establece en su artículo 6 -referido al derecho al trabajo- que *“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo (...)”*.

El Convenio N° 111 de la OIT, a todo evento, es concluyente en su artículo 2 al disponer que *“Los Estados Partes deben formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

### **3.- El rol del trabajo en el proceso de resocialización y reinserción**

#### ***3. A.- La capacitación durante la etapa de encierro***

##### **3.A.1. Protagonismo en el plano normativo**

El trabajo ha sido siempre considerado fundamental en el proceso de transformación del sujeto privado de la libertad, tanto para ocupar su tiempo de encierro como para lograr una formación que le permita un mejor y más fácil desarrollo social al momento de recuperar su libertad, dado que desempeña una función como actividad estructuradora de la vida cotidiana de los internos, así como en el aprendizaje a través del trabajo de pautas y hábitos de conducta, autodisciplina, puntualidad, responsabilidad, valoración del esfuerzo, autoestima, respeto al resultado del trabajo propio y de los demás, constancia, y demás virtudes.

El trabajo es indiscutiblemente la herramienta más valiosa con la que cuenta el hombre para sentirse útil y fortalecer su dignidad, y es trascendental para el desarrollo del ser humano en sociedad: el trabajador, mientras realiza su labor, comparte jornadas de trabajo junto con otras personas, que le permiten afianzar lazos de compañerismo

En definitiva, el trabajo hace a la dignidad del hombre, es un medio para relacionarse con sus pares, una oportunidad para practicar la cooperación, y además es un medio de subsistencia mediante el cual no sólo conseguirá los recursos necesarios para cubrir sus necesidades de ocio y supervivencia, sino que también le permitirá tener el orgullo de sustentar a su familia.

Esta innegable función educativa y terapéutica del trabajo resulta fundamental en la adquisición de valores ligados al proceso de resocialización y, por consiguiente, para una posterior reinserción social

Es en esta línea que el preámbulo del Convenio N° 168 de la O.I.T. remarca “...la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda la sociedad, en razón no solo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden...”.

Se infiere de Perogrullo que son tales bondades las que motivaron que, entre las Reglas Mandela, figure aquella que manda a los Estados a organizar el tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad con un especial objetivo: “...inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.”<sup>181</sup>. A su vez, a los fines de reforzar lo antedicho es que dispone que “...Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo, suficiente para ocuparlos durante la duración normal de una jornada de trabajo. En la medida de lo posible, ese trabajo deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganar honradamente su vida después de su liberación. Se dará formación profesional en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovecharla, particularmente a los jóvenes...”<sup>182</sup>, y a todo evento manda a los Estados a organizar en las penitenciarías métodos de trabajo que se asemejen lo más posible a aquellos que se aplican fuera del establecimiento, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre<sup>183</sup>.

El objetivo es claro: preparar a los reclusos para el ejercicio de actividades laborales futuras y lograr que incorporen las virtudes y valores inherentes al trabajo. Y diversas normativas de carácter nacional y provincial se aunaron al cumplimiento de los principios precedentes.

En este entendimiento, la Ley Nacional 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, dispone en su artículo 106 que “El trabajo constituye un derecho y un deber del interno. Es una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación”, agregando en los artículos 114 y 115 que “La capacitación laboral del interno, particularmente la de los jóvenes adultos, será objeto de especial cuidado. El régimen de aprendizaje de oficios a implementar, será concordante con las condiciones personales del interno y con sus posibles actividades futuras en el medio libre” y que “Se promoverá la organización de sistemas y programas de formación y reconversión laboral, las que podrán realizarse con la participación concertada de las autoridades laborales, agrupaciones sindicales, empresarias y otras entidades sociales vinculadas al trabajo y a la producción”, e incluyendo en los artículos 121 y ss. diversas disposiciones regulatorias del trabajo de los internos.

---

<sup>181</sup> Regla n° 65.

<sup>182</sup> Regla n° 71

<sup>183</sup> Regla n° 72

### 3.A.2.- La realidad en las cárceles.

Este derecho y obligación de trabajar, juntamente con los programas educativos, intenta en consecuencia minimizar el ocio dentro del ámbito carcelario, ya que es visto como desfavorable al tratamiento. Sin embargo, pese a ello, los últimos indicadores oficiales<sup>184</sup> informan que de las 76.261 personas que se encuentran privadas de la libertad en el país, el 60% no posee trabajo remunerado alguno –43.306 personas– y solo un 40% cuenta con la posibilidad de acceder a un trabajo remunerado, con la particularidad de que solo el 9% de ellos cuenta con la posibilidad de acceder a cuarenta horas semanales, en tanto el 31% restante trabaja menor cantidad de horas. A su vez, dichos indicadores demuestran también que el 79% de los internos no participó de programa de capacitación laboral alguno durante su estadía en el penal.

En consecuencia, la estadística expuesta sumada al conocido mal estado de los establecimientos penitenciarios demuestra que la realidad carcelaria se presenta en la actualidad lejos de los requisitos necesarios para poder cumplir las funciones de resocialización exigidas en el plano internacional de los Derechos Humanos.

### ***3.B.- Revalorización del trabajo como herramienta de reinserción social***

#### 3.B.1.- Los actuales mecanismos de reinserción y su insuficiencia a la luz de los estándares convencionales exigidos en la materia

Dijimos que es obligación estatal –por imperativo constitucional y convencional– no solo procurar la resocialización del condenado durante el proceso ejecutivo de la pena, sino también lograr su reinserción en la sociedad por medio de un acompañamiento posterior a su puesta en libertad, debiendo el Estado poner en marcha mecanismos que tiendan su logro.

También hicimos mención a que los mecanismos deben traducirse en políticas públicas, planes y programas que tengan por objeto dar a las personas criminalizadas la asistencia, las herramientas y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad con opciones a un proyecto de vida digno.

En base a lo expuesto, es evidente que los Estados cuentan con un margen de discrecionalidad en la selección de los mecanismos a usar para hacer efectivas estas obligaciones, mas ello –creemos– no habilita al establecimiento de proyectos estériles e infructuosos, debiendo las medidas adoptadas ser deliberadas, adecuadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia el objetivo perseguido.

<sup>184</sup> Informe Anual de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, SNEEP, año 2016, Ministerio de Justicia de la Nación. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2016/InformeSNEEPARGENTINA2016.pdf>

Uno de los mecanismos adoptados en el plano nacional es sin dudas el previsto en los artículos 121 y ss. de la ley 24.660 en cuanto establecen que, durante el tiempo que el interno esté privado de la libertad, debe formarse un fondo de reserva propio que con posterioridad le permita sostenerse en los primeros tiempos de la vida en libertad. Sin embargo, la práctica muestra acabada evidencia de que este fondo resulta insuficiente y no erradica la situación de desamparo, vulnerabilidad y estigmatización en que se encuentra el interno una vez obtenida su libertad, situación que constituye un campo propicio para la recaída en el delito.

Una persona que salió de la cárcel, sin duda, es una persona vulnerable, motivo por el cual es necesario asistirle en la reinserción, dado que cuando ella fracasa el liberado está mucho más expuesto a volver al sistema carcelario que cualquier otra persona. Es por ello que no resulta suficiente brindar durante el encierro capacitación laboral y demás herramientas que tiendan a lograr la resocialización del sujeto que se encuentra privado de la libertad, sino que –de mínima, y por imperio constitucional según lo expuesto en el fallo Verbitsky– es necesario acompañar ese proceso en la etapa posterior de búsqueda de empleo, a fin de lograr su reinserción laboral, considerando al trabajo como la herramienta por excelencia para el logro de una adecuada y progresiva reinserción social. Es que exactamente los mismos atributos que se le asignan al trabajo como herramienta de excelencia en el logro de la resocialización del sujeto, son atribuibles al trabajo como modo de procurar su óptima y exitosa reinserción social una vez obtenida la libertad.

Sin dudas, es en consideración a lo precedentemente expuesto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas<sup>185</sup>, destaca que los Estados deben adoptar políticas públicas orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados, y que el logro de estos objetivos depende en gran medida del establecimiento por parte de los Estados de planes y programas de trabajo orientados a brindar a los reclusos las herramientas necesarias para su eventual retorno a la sociedad, procurando una ayuda postpenitenciaria que deberá lograrse con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones públicas y privadas.<sup>186</sup>

<sup>185</sup> Aprobado el 31 de Diciembre de 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>186</sup> Destaca que “...el mandato contenido en el artículo 5.6 de la Convención está dirigido fundamentalmente a establecer la obligación institucional del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad, así como la prohibición de entorpecer este desarrollo. (...) Así, los Estados deben adoptar políticas públicas integrales, orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados. El logro de estos objetivos, depende necesariamente del establecimiento de un sistema integral en el que los Estados establezcan planes y programas de trabajo, educación y otros, orientados a brindar a los reclusos las herramientas necesarias para su eventual retorno a la sociedad (...) La CIDH observa que uno los problemas más graves y extendidos en la región es precisamente la falta de políticas

Si bien el Estado argentino, a través de sus políticas carcelarias, puede haber hecho un esfuerzo para lograr tanto la adopción de hábitos laborales como la necesaria capacitación en la etapa de encierro, lo cierto es que a partir de que las personas recuperan la libertad se encuentran en una situación de vulnerabilidad y desamparo que obstaculiza sus posibilidades de reinserción laboral y progresiva –en consecuencia– reinserción social. Ello deja en evidencia que el Estado no cumple un verdadero rol tuitivo y asistencial con respecto a los liberados, desatendiéndose de la etapa en que los internos deben reinsertarse en la sociedad, dejándolos librados a su suerte y con escasas posibilidades de reinserción laboral.

Lo expuesto resulta paradójal. Justamente es en este proceso de reincorporación al medio libre que resulta crucial la presencia del Estado a los efectos de confirmar el camino hacia la resocialización y evitar, por el contrario, acentuar las condiciones que definen la reincidencia o la exclusión social. En esta última instancia el Estado debe jugar un papel fundamental, no solo evitando que la persona sea estigmatizada por su pasado con la consecuente discriminación que pueda sufrir, sino también brindando –según palabras textuales del Informe sobre los Derechos Humanos citado precedentemente– una “...ayuda postpenitenciaria eficaz que le permita reinsertarse exitosamente en la sociedad...”. Si así no se hiciera, el encierro del condenado no cumpliría el fin para el cual fue dispuesto, esto es, su readaptación, resocialización y reinserción, operando el aparato carcelario solo como un mecanismo tendiente a la separación del interno por la separación misma, abrazando este funcionamiento –creemos– las teorías retributivas de la pena.

A mayor abundamiento, y teniendo en consideración lo visto en el acápite precedente, no debe perderse de vista que la propia Constitución Nacional reconoce el derecho a trabajar, debiéndose destacar también que por imperio del Art. 75 inc. 22 de dicho Texto Supremo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Cultu-

---

*públicas orientadas a promover la rehabilitación y la readaptación social de las personas condenadas a penas privativas de la libertad. En este sentido, el hecho de que la población carcelaria del Estado sea significativamente joven, hace aún más imprescindible el que se desarrollen políticas efectivas de rehabilitación, que incluyan oportunidades de estudio y trabajo; toda vez que se trata de una población que puede tener una vida productiva por delante, y que de no ser así dicha población corre el riesgo de permanecer en un ciclo de exclusión social y reincidencia criminal (...) la CIDH considera que es esencial que toda política penitenciaria orientada a lograr la rehabilitación personal y la readaptación social de los condenados, deberá prever planes y proyectos capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda post-penitenciaria eficaz que le permita readaptarse a la comunidad y que tienda a disminuir los prejuicios hacia él. Esta ayuda postpenitenciaria deberá lograrse con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones públicas y privadas, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas. A este respecto, juegan un papel importante los incentivos, incluso fiscales, que el Estado pueda ofrecer a las empresas privadas que participen activamente de estos planes...”*

rales, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuentan con jerarquía constitucional, razón por la cual el trabajo –con todos sus atributos inherentes a su goce– constituye un verdadero derecho humano que el Estado debe progresivamente asegurar.

3.B.2.- La Ley Provincial 14.301: un primer paso hacia la implementación de mecanismos eficaces de reinserción.

Lo expuesto permite aseverar que es necesaria la generación de mecanismos desde el Estado que, en línea con las disposiciones precedentemente mencionadas de jerarquía constitucional, le permitan al liberado superar la situación crítica en que se encuentra una vez recuperada su libertad. También permite concluir que la reinserción laboral –por las bondades inherentes al trabajo– es la herramienta por excelencia a los efectos del logro de tal fin.

Los programas que implemente el Estado en materia de reinserción laboral pueden, lógicamente, abarcar un doble ámbito público-privado. La ley 12256 de Ejecución Penal Bonaerense contiene disposiciones en ambos sentidos.

Con respecto al ámbito privado faculta al Patronato de Liberados Bonaerense a solicitar a empresas privadas, organizaciones gremiales, sindicales, cámaras empresariales, entidades profesionales, instituciones educativas, y a cualquier otra entidad, la ocupación y/o capacitación laboral de sus tutelados, pero sin establecer mecanismos que coadyuven al logro de respuestas positivas de su parte<sup>187</sup>. También establece que el Patronato “...*procurará capacitar al tutelado para el ejercicio de una profesión u oficio, por medio de subsidios o aportes directos en dinero o en especies, con o sin reintegro...*” debiendo en tal sentido “...*articular los mecanismos pertinentes con el Servicio Penitenciario para lograr la necesaria continuidad de la capacitación laboral adquirida por el tutelado en el medio penitenciario...*”<sup>188</sup>.

A su vez, con respecto al ámbito público, obliga a adaptar la legislación de la provincia de Buenos Aires que establezca y regule la actividad laboral para el empleado público provincial, en forma tal que prevea que un tres por ciento del total de los puestos de trabajo se reserve para los liberados, a fin de promover su ocupación laboral; a la vez que invita a las Municipalidades a adoptar idéntico criterio al seguido en la disposición en cuestión<sup>189</sup>.

Sin dudas estas disposiciones constituyen el germen de la Ley Provincial 14.301. Ésta regula con mayor detalle lo relativo a la obligación estatal de incorporar liberados a su planta permanente, pero en forma cuestionable reduce

<sup>187</sup> Artículo 179 de la ley 12.256

<sup>188</sup> Artículo 177 de la ley 12.256

<sup>189</sup> Artículo 178 de la ley 12.256. Es por ello que, en el ámbito municipal, queda facultada cada comuna a seguir los lineamientos establecidos en la disposición precedente, obligándose así a procurar la adaptación de la legislación de empleo público local a los efectos de cumplimentar el cupo del tres (3) por ciento de la planta laboral de que dispone

la proporción destinada a tal fin al dos por ciento<sup>190</sup>. A todo evento, invita a los municipios a adherirse al régimen que establece<sup>191</sup>. Y a su vez, prevé un régimen de incentivos económicos con relación a aquellas empresas del ámbito privado que incorporen liberados a su personal, lo cual constituye un apartado valioso que incorpora un sesgo novedoso a la regulación heredada de la ley provincial de ejecución penal antes citada<sup>192</sup>. Por último, prevé la creación de un sistema de cooperativas locales de producción, dirigidas a la integración laboral de los liberados en cada comunidad.<sup>193</sup>

Fruto de esta invitación a los municipios, un grupo de concejales presentó en el mes de Marzo ante el Concejo Deliberante del Municipio de Bahía Blanca un proyecto de ordenanza municipal que crea un programa titulado “Bahía Integra”, el cual prevé una serie de disposiciones destinadas no solo a adherir a la reglamentación provincial citada, sino también a profundizar la regulación sobre la materia, ello en el ámbito estrictamente municipal órbita de su competencia<sup>194</sup>.

El proyecto en cuestión fue elaborado a partir de las conclusiones que oportunamente fueron expuestas a los ediles, en el marco de una investigación que hemos realizado en el Área de Intervenciones Especiales, Querellas y Recursos de la Defensoría General Departamental de Bahía Blanca, en conjunto con la

<sup>190</sup> Artículo 1: “El Estado Provincial, sus organismos descentralizados y las empresas del Estado, con las salvedades que establezca la reglamentación, están obligados a ocupar a los liberados con domicilio o residencia en territorio provincial que hayan cumplido más de cinco (5) años de privación de libertad y reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo y de ingreso en los términos del artículo 3° inciso b) de la Ley 10.430, en una proporción no inferior al dos por ciento (2 %) de la totalidad de su personal; y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellos, de acuerdo con las modalidades que fije la reglamentación. Se dará prioridad de ingreso a aquellos liberados que hayan resultado sobreesidos o absueltos.”

<sup>191</sup> Artículo 7: “Invítase a los Municipios a adherir al régimen instituido por la presente Ley”.

<sup>192</sup> Artículo 6: “Modifícase el Artículo 208, CAPÍTULO IV EXENCIONES, de la Ley N° 10.397 (T.O. Resolución 39/11 del Ministerio de Economía) y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Artículo 208: Los empleadores de personas con capacidades diferentes y/o de quienes revisten en la categoría de tutelados o liberados según artículo 161 de la Ley N° 12.256 podrán imputar, en la forma y condiciones que establezca la Autoridad de Aplicación, el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las remuneraciones nominales que éstas perciban, como pago a cuenta del impuesto sobre los Ingresos Brutos. Dicha deducción se efectuará en oportunidad de practicarse las liquidaciones de acuerdo a lo establecido en el capítulo asignado a la Determinación, Liquidación y Pago. En ningún caso, el monto a deducir sobrepasará el impuesto determinado para el período que se liquida, ni tampoco originará saldos a favor del contribuyente. Este artículo no resulta aplicable cuando la persona empleada realice trabajos a domicilio”.

<sup>193</sup> Artículo 4: “La Autoridad de Aplicación promoverá la creación de cooperativas de producción, dirigidas a la integración laboral de los liberados en cada comunidad local.”

<sup>194</sup> “Bahía Integra. Proyecto de ordenanza municipal para contribuir a la reinserción social de los libertados”, en *Revista Pensamiento Penal* [en línea], ISSN 1853- 4554, Mar. 2018, disponible en web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/46307-bahia-integra-proyecto-ordenanza-municipal-contribuir-reinsercion-social-liberados>

Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional del Sur.

En línea con la ley provincial, prevé como objetivos inmediatos –entre otros– el de promover una revalorización del trabajo como herramienta de reinserción social –reconociendo los valores inherentes a su ejercicio como derecho humano y sus virtudes como instrumento de desarrollo personal y familiar–, promover la adopción de mecanismos tendientes a facilitar la reinserción laboral de las personas que estén y/o hayan estado bajo proceso penal, y desarrollar una progresiva toma de conciencia en la población respecto de la importancia del trabajo como herramienta de reinserción social y de prevención de la recaída en el delito.

A su vez, crea el Registro Municipal ‘Bahía Integra’ en el ámbito de la Dirección de Empleo de la Municipalidad de Bahía Blanca, y dispone que en él deberán inscribirse todas las personas que puedan quedar incluidas en el programa a implementarse. Exige además la presentación, por parte de las personas que deseen inscribirse –cada seis meses–, de certificados de buena conducta emitidos por el Patronato de Liberados, a fin de acreditar la ausencia de causas contravencionales y/o penales pendientes de resolución judicial. Por otro lado, dispone que deberán acreditar la imposibilidad de procurarse recursos para su subsistencia y eventualmente para la de su familia, por otros medios, agregando que a tales fines bastará con un informe multidisciplinario socioambiental y psicológico efectuado por el área de Asistencia Social de la Municipalidad de Bahía Blanca con apoyo de psicólogos de la planta municipal, que constate la falta de empleo y sus dificultades para obtenerlo.

#### **4.- Colofón**

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la resocialización y reinserción del condenado es la finalidad inherente que debe perseguirse en la etapa de ejecución de las penas privativas de la libertad. Existe una vasta legislación que permite aseverar la conclusión precedente. El Estado se encuentra convencionalmente obligado a poner en práctica mecanismos eficaces que tiendan a la obtención del objetivo mencionado.

Lo expuesto importa que el deber del Estado y de la sociedad en su conjunto no culmina en el momento en que el recluso es puesto en libertad. Es menester la implementación de mecanismos y servicios que tiendan a prestar al liberado una asistencia post-encierro que le permita afrontar el difícil período que constituye aquel en el cual recupera su libertad, contribuyendo a minimizar los prejuicios que sobre él puedan recaer y, a todo evento, disminuir las causas que puedan eventualmente conducirlo a una recaída delictual.

En el marco del cometido en examen, el trabajo, además de ser un verdadero derecho humano, es visto –a raíz de las virtudes que le son inherentes–

como la herramienta por excelencia a la hora de procurar su alcance.

Creemos que el mecanismo de inserción laboral previsto por la ley provincial 14.301 –con sus posibles proyecciones al ámbito municipal– importa un primer paso hacia la implementación de políticas eficaces de reinserción social, contribuyendo a disminuir los prejuicios sufridos por los liberados y a generar un marco de contención en derredor de aquellos, aunando esfuerzos en aras de combatir la situación de vulnerabilidad y desamparo en la que se encuentran al recuperar su libertad.

## **Bibliografía**

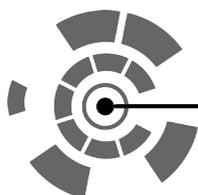
- ALVARADO LLANO, Lilian Carolina (2015), “Los Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Inobservancia de ellos por parte de los Gobiernos de algunos países miembros como atentado al respeto a los Derechos Humanos”, *Revista Pensamiento Penal*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina> (consultado el 10/04/2018).
- BIDART CAMPOS, Germán J. (2006), *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Tercera Reimpresión, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.
- BINDER, Alberto M. (2009), *Introducción al derecho procesal penal*, 2º Edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- BOMBINI, Gabriel. (2000) *Poder judicial y cárceles en la Argentina*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio (2011), *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed., Del Puerto.
- CARNEVALE, Carlos A. (2016) “Antecedentes penales y reinserción laboral en América Latina”, *Indret 3/2016*, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1232.pdf> (consultado el 12/04/2018).
- GORSO, Paula (2015), “La Ejecución”, en AA.VV., *Proceso y procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires*, BERTOLINO, Pedro J. y SILVESTRINI, Alberto J. (directores), 2º edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2015, pp. 723-724.
- JAUCHEN, Eduardo (2012), *Tratado de derecho procesal penal*, t. 3, 1º edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni,
- MAIER, Julio B. J. (2004), *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 2da edición, Ed. Del Puerto S.R.L., Buenos Aires.
- SECO, Ricardo Francisco (2014), “Una visión positiva de algunos institutos previstos en la LCT. El “trabajo” y la “dignidad” desde el derecho del trabajo y la Doctrina Social de la Iglesia”, *Revista Derecho del Trabajo*,

Ed. Infojus, Año III, N° 9.

VITALE, Gustavo L. (2007), *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.



## **El derecho constitucional a la vivienda digna: Una mirada desde la normativa comunal del Municipio de Tandil y los pronunciamientos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.**



*Elsa María del Carmen Lloret*

*Paula Jorgelina Lafourcade*

*Pedro Luis Arrouy*

*Liliana Cataldo*

*Victoria Confalonieri*

(UNICEN)

### **Resumen:**

El tema objeto de la presente ponencia es analizar el derecho constitucional a una vivienda digna respecto a las personas en condición de vulnerabilidad, mediante el estudio de la normativa comunal en el Municipio de Tandil y de los pronunciamientos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sobre la temática.

Con el reconocimiento constitucional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC), a partir de la segunda mitad del siglo pasado ha nacido un nuevo paradigma en términos de derechos, donde el Estado ya no es solo un guardián negativo de la protección de los derechos, sino que se ha obligado a la satisfacción de estos, es decir, no solo debe respetar, promover y garantizar el ejercicio de estos derechos humanos, sino que no puede impedir el disfrute a ningún grupo de personas sobre la base de un criterio discriminatorio, y debe diseñar políticas públicas para hacerlos efectivos, cuya financiación debe ser prioritaria.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, en la reforma constitucional

del año 1994 se comprometió a promover el acceso de todos sus habitantes a una vivienda única. Las cartas nacionales e internacionales se han colmado de proclamas tuitivas y de compromiso para los Estados, pero sin embargo lo reflejado en la norma ha sido y es de muy difícil aplicación práctica.

Evidentemente los DESC, en general y el derecho a la vivienda digna, en particular, tienen un costo, costo que es económico, como político y jurídico. Una de las finalidades de éste trabajo es abordar cual es la efectiva vigencia de ese derecho desde el análisis de la normativa comunal en el Partido de Tandil, y mediante la práctica judicial a través de dos pronunciamientos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

*“La justicia social debe llegar antes y no después de la justicia judicial”.*

*Voto del Juez Negri en la Causa Benítez (SCBA, 2013)*

## **1.- Introducción**

El objetivo del presente trabajo es analizar cuáles son los caracteres que reúne el derecho a la vivienda digna catalogado dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante (DESC), establecido por nuestra Carta Magna en el art. 14 bis y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que fueron jerarquizados constitucionalmente a partir de la reforma de 1994.

El derecho a la vivienda digna o adecuada, declamado en la Constitución nacional y provincial, y en los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, se contraponen en la práctica con el incremento de los asentamientos en predios fiscales y privados, como son la creación de villas de emergencias y la ocupación de tierras, que generan, muchas veces, reacciones judiciales, y no habitacionales.

Partiendo de la noción de que la efectividad de los DESC dependen de las políticas públicas, traducido al lenguaje constitucional, implica el accionar de los dos poderes políticos, el Ejecutivo y el Legislativo, nos preguntamos qué puede hacer el Poder Judicial cuando aparecen reclamos acerca de la exigibilidad y la efectividad de tales derechos.

Abramovich (2004) sostiene que en líneas generales, 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. 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.

El debate incluye, en especial, el significado que debe tener la tutela judicial de este derecho cuando se encuentren vulnerados otros derechos de la misma jerarquía. Este trabajo pretende investigar las condiciones de exigibilidad de la tutela judicial considerando los límites –económicos, políticos, etcétera– que se oponen a la eficacia plena del derecho a la vivienda digna.

La efectividad del derecho humano a una vivienda digna se vincula con dos tipos de respuestas. La primera, por intermedio de las políticas públicas o del tercer sector, promovido espontáneamente o incentivado por la cooperación, en la búsqueda de un mejoramiento global de las condiciones de vida de sus habitantes. Estas políticas públicas suelen considerar situaciones individuales o familiares que requieren asistencia diferencial en razón de su vulnerabilidad.

La segunda, en la exigencia coactiva de cumplimiento del derecho mediante los mecanismos de división del poder, por órganos nacionales, o mediante responsabilización por el incumplimiento de los órganos internacionales, en miras a obtener la realización efectiva del derecho consagrado en el art. 14 bis de la CN y en múltiples tratados.

En este último supuesto se inscriben: a) las decisiones judiciales que imponen una política pública de alcance general omitida por la administración pública, y b) las que ordenan el cumplimiento del derecho a favor de una persona o familia determinada, usualmente por la condición de especial vulnerabilidad en la que se encuentra por estar en juego derechos como la protección de la infancia, discapacidad, salud, trabajo y de género, entre otros.

## **2.- La noción de la Política Pública y su relación con el Derecho Constitucional a la vivienda digna**

El concepto “políticas públicas” ha sido estudiado desde diversas disciplinas, como la Ciencia Política, la Comunicación, la Sociología, la Administración pública y la Economía, aunque la Ciencia Jurídica, en especial, el Derecho Público, no le ha prestado hoy, demasiada atención.

Señala Peter J. May (2003), que las políticas públicas establecen los cursos de acción para abordar los problemas o para proporcionar los bienes y servicios a los segmentos de la sociedad. Las políticas hacen más que simplemente anunciar un curso de acción. Típicamente suelen contener un conjunto de intenciones de objetivos, una mezcla de instrumentos o medios para la consecución de las intenciones, una designación de entidades gubernamentales o no gubernamentales encargadas de llevar a cabo las intenciones, y una asignación

de recursos para las tareas requeridas. La intención es luego caracterizada por el nombre de la política, en el lenguaje utilizado para comunicar los objetivos de la política y de la particular combinación de instrumentos de la política.

En otras palabras, “las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos” (Lira, 2006), formuladas principalmente a partir de las demandas sociales concretas en un tiempo y contexto determinado. Cabría añadir, según lo entiende Alfonso Santiago, que “las políticas públicas no sólo constituyen respuestas de los órganos de gobierno a los problemas que les plantea la realidad social, sino que también, de modo proactivo, representan las decisiones que los órganos de gobierno adoptan e implementan de cara a los desafíos y posibilidades de un determinado momento histórico. Las políticas públicas a veces son coyunturales, como respuestas a situaciones y problemas concretos de determinados momentos o escenarios históricos, y otras veces tienen un carácter permanente porque se trata de bienes esenciales que han de conseguirse en todo momento” (Alfonso Santiago, 2015).

### ***2.1.- Políticas Públicas de vivienda en el municipio de Tandil***

En los últimos años el tema habitacional en Argentina se ha agravado. Un importante sector de la población que cuenta con escasos recursos resuelve su necesidad de alojamiento mediante estrategias calificadas como informales, habita en viviendas que se distinguen por la precariedad y se caracterizan por la falta de seguridad. En ellas, las personas se exponen a diversos riesgos, desalojos, daños a la salud o a su integridad física, derrumbes y desmoronamientos, entre otras.

La problemática del hábitat y de acceso a la vivienda digna en el Partido de Tandil. ha sido consecuencia de múltiples factores. Entre ellos, se debe destacar el desarrollo y auge que tuvo la actividad turística en los últimos años, asimismo el contexto socioeconómico nacional que surge a partir de la salida de la convertibilidad generó condiciones para el desarrollo de la actividad inmobiliaria en la ciudad.

Sin embargo, “esto también se tradujo en una importante especulación inmobiliaria y en un crecimiento selectivo de los barrios, en tanto que las inversiones destinadas a esta actividad se localizaron en lugares específicos, ofreciendo productos a los sectores sociales medios y altos, por ser éstos quienes poseen capacidad de consumo. En contraposición, la población que habita en los barrios más postergados encuentra seriamente limitadas sus posibilidades de acceso a una vivienda digna” (Migueltorena, 2015).

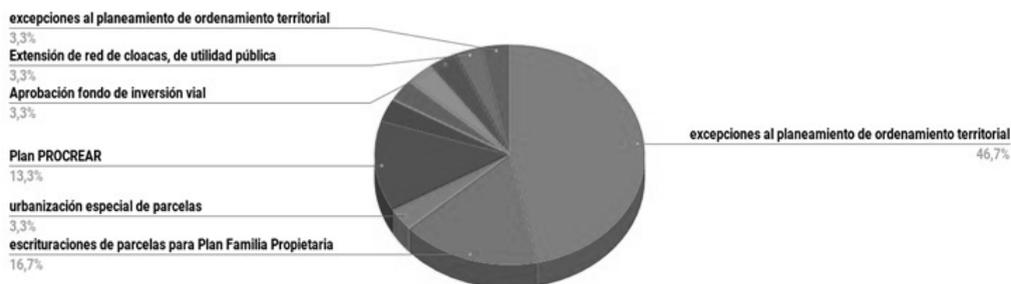
Entiende Migueltorena, en lo que respecta, a la legislación urbanística y al planeamiento urbano, que la ciudad de Tandil cuenta con un Plan de Desarrollo Territorial, enmarcado en el proyecto Municipios del Tercer Milenio,

aprobado por el Concejo Deliberante en el año 2005.

Durante el período 2013 y 2014, en relación al Plan PROCREAR, el Municipio convalidó el convenio, a fin de facilitar el acceso a la construcción de viviendas únicas, familiares y de ocupación permanente y las transferencias de fondos fiduciarios públicos.

Por último, cabe destacar que hay algunas ordenanzas, mínimas en cuanto a cantidad respecto de las anteriores, que hacen referencia a temáticas variadas, por ejemplo a compensaciones económicas que se pueden obtener por daños materiales a la vivienda única de ocupación permanente abono de contratos de locación a personas con discapacidad, con destino a vivienda de uso familiar, y por dos años, subsidios económicos de la Secretaria de Desarrollo Social, aprobación del fondo de inversión vial, con un marco regulatorio sobre ocupación y uso de la vía pública, y extensión de red de cloacas, de utilidad pública, donde el pago es obligatorio para propietarios y poseedores de inmuebles a título de dueño.

En la siguiente figura, se pueden observar los porcentajes sobre las temáticas específicas abordadas por las normas municipales, en el período 2013-2017 en el Municipio de Tandil, sobre derecho a la vivienda:



### 3.- Decisiones jurisprudenciales: Una mirada desde la jurisprudencia de la SCBA

La judicialización de los derechos sociales en la Argentina ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos años, especialmente a partir de la reforma constitucional operada en 1994. Así, se han multiplicado los reclamos fundados en estos derechos recogidos constitucionalmente de modo directo, en la parte dogmática de la Constitución Nacional o a través de la elevación a rango constitucional de sendos Pactos de Derechos Humanos.

El fenómeno podría explicarse a partir de tal ensanchamiento del plexo protectorio, pero también del reconocimiento de la “incidencia colectiva” de los derechos y de la consiguiente ampliación de la legitimación reconocida para su reclamo judicial, haciéndola extensiva a supuestos extraordinarios, tales como

la que se reconoció en cabeza del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones u Organizaciones no gubernamentales (Abramovich, 2009).

Sin embargo, estos dos factores resultan por sí solos insuficientes para comprender la trascendente modificación que se ha venido operando en nuestra práctica constitucional. Tales elementos, señala Ucin (2015), “cobran su verdadero sentido explicatorio cuando se los vincula con el dato histórico de que concomitantemente con dicha reforma y las citadas ampliaciones protectorias de derechos, se producía en nuestro país una intensa reforma de Estado, que lo alejaba de sus incipientes formas de Estado Social”.

Ello muestra que, pese al programa político garantizado a través de los Derechos humanos que a la vez, generaban obligaciones internacionales, no se tomaron seriamente dichos compromisos pues se descuidaron las formas de darles operatividad a través de las correspondientes políticas públicas. En este sentido, el agravante es que las guías para tal confección de programas políticos, o lisa y llanamente para el diseño de políticas públicas, venían orientados desde los organismos internacionales de crédito, fomentando fórmulas mínimas de intervención estatal que no dejaban de generar contrastes con el contenido de los derechos constitucionales (Ucin, 2015).

Abramovich entiende, que “ésta nueva práctica no deja de generar múltiples problemas teóricos aún no acabadamente abordados por la doctrina. El planteamiento de estos derechos en sede judicial, pone de manifiesto las varias inadecuaciones que los moldes procesales tradicionales presentan para el abordaje de cuestiones caracterizadas por su *trascendencia colectiva* y un *contenido eminentemente prestacional, que se refleja en la circunstancia de que el cuestionamiento de los derechos sociales impone, la mayor parte de las veces, la revisión de políticas sociales que trascienden el reclamo realizado en términos individuales y que a la vez, coloca en cabeza del Estado la realización de acciones positivas*”(Abramovich,2006:48).

Planteada cual era la realidad material de aquel entonces, 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 la determinación del contenido de los derechos sociales, hasta la competencia de los jueces para tomar decisiones con incidencia presupuestaria.

Para visualizar cuál es el rol de los jueces, como garantes de nuestros derechos, analizaremos dos pronunciamientos del Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires: el caso Portillo del año 2010 y Benítez de 2013.

### ***3.1.- SCBA “Portillo Cecilia s/amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (2010).”***

## Fundamento Factivo

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata confirmó, por mayoría, la sentencia de primera instancia en tanto ésta hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires que *“garantice, en su respectiva área, a los accionantes Cecilia Isabel Portillo y Alexis Joel Suárez, la satisfacción de las necesidades básicas y al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires que garantice, la cobertura de la prestación de tratamiento por médicos clínicos, psicólogos y psiquiatras, grupos de autoayuda para entrenamiento a padres y familiares y el tratamiento de rehabilitación que sus patologías requieran, y por el tiempo que ello resulte necesario”*<sup>195</sup>.

La Cámara de Apelaciones, haciendo mérito del recurso de apelación interpuesto por la actora, extendió el contenido de la condena imponiendo a la demandada la procura de la implementación del programa relativo al acceso a una vivienda, *“dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias vigentes, a favor de la amparista y su hijo menor; a quién deberá proveerse además la cobertura asistencial que requiriera en cuanto al acompañamiento terapéutico específicamente solicitado, incluido en los términos del pronunciamiento que se confirma con el alcance expuesto, todo lo que deberá ser tramitado dentro de los diez días de dictada la presente y acreditado en la causa”*.

Esta sentencia es apelada por la actora. Concretando sus agravios, manifiesta que la alzada ha desoído su petición de otorgamiento de un subsidio para

<sup>195</sup> Hay que tener en cuenta que en éste caso, los progenitores resultan discapacitados mentales (el padre, Daniel Suárez, ya había sido declarado judicialmente incapaz; y respecto de la madre, Cecilia Portillo, se encontraba en trámite el proceso de curatela), requiriendo atención en varios temas (servicios de salud y educación; supervisión permanente de terceros). Además, el menor Alexis padecía ceguera secundaria y anofthalmía bilateral e importante retraso en su desarrollo global. Asimismo, los ingresos del grupo familiar ascendían a \$ 199,92 (fs. 33 y 39), resultando evidente las dificultades existentes para lograr una inserción laboral de acuerdo a sus capacidades. También, sufrían una situación reiterada de violencia familiar por parte del padre y hermano de Cecilia, quienes conformaban parte del grupo conviviente; Cecilia padecía crisis de autoagresión y agresión que dificultaban su integración social con compañeros y personal del Centro de Día al que concurren, que encontrarían origen en los hábitos de desorden y violencia en la que convivían los familiares.

El desarrollo de las posibilidades de Alexis (hijo de la unión de Cecilia y Daniel) también se veía gravemente afectado por tal contexto (con cuatro años de edad el niño no habían logrado hábitos independientes en las actividades de la vida diaria [higiene personal, alimentación, vestimenta]; no masticaba, desconociendo el uso de utensilios; se comunicaba a través de lenguaje gestual y balbuceos, no decía ninguna palabra concreta, tampoco respondía al sí y al no; no tenía control de esfínteres).

La sugerencia para superar esta crítica situación era la constitución de un grupo familiar sólido, en un espacio propio, con el acompañamiento de un asistente terapéutico en el domicilio, sin perjuicio de la continuidad de la concurrencia al Centro de Día y de los tratamientos médicos en curso.

solventar los gastos de una vida digna para el núcleo familiar actor, y asimismo, la necesidad imperiosa de proveer una vivienda digna a los accionantes, inmersos en una desesperante situación de violencia familiar.

En relación con ello, explica que la sentencia atacada, si bien reconoce el derecho a una vivienda digna, deja librada la implementación de dicho derecho a *“la existencia de un programa relativo (...) dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias vigentes (...) lo que redunde en una vulneración de los mismos derechos fundamentales que se busca hacer valer; todo lo cual constituye en su entender una violación del principio de igualdad y de acceso a la justicia ya que se supedita el acceso a una vivienda digna a la existencia de programas y una tramitación administrativa”*.

La Procuración General de la Suprema Corte dictaminó que atento a la excepcionalidad fáctica del caso consistente en la situación de incapacidad mental de madre e hijo menor, con más la incapacidad visual del niño y el ambiente de violencia familiar que los rodea, y en virtud de lo prescripto por normas constitucionales y de Derechos Humanos, corresponde -para la debida protección de los intereses tutelados por la señora Asesora recurrente- acoger favorablemente la impugnación en tratamiento, debiéndose revocar en lo pertinente la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y asimismo disponer que tanto la Provincia de Buenos Aires como la Municipalidad de La Plata realicen las acciones positivas que requiere la demanda -vivienda, acompañante terapéutico y subsidio mensual- a favor de la actora y su hijo, ambos incapaces, dentro de un plazo perentorio breve atento la urgencia del caso, con determinación de la sanción para el caso de incumplimiento por parte de la Administración condenada.

### **Fundamentos del Fallo:**

El Dr. De Lázari, amplía sus fundamentos al sostener que *“en vista a la plataforma fáctica enunciada, la cuestión se circunscribe a determinar si sólo ordenar al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, que procure la implementación del programa relativo al acceso a una vivienda dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias, a favor de la amparista y su hijo, constituye una medida adecuada a los fines de garantizar que ninguna forma de discriminación está involucrada de conformidad a las obligaciones que los tratados imponen en relación a estos sujetos de tutela preferencial (arts. 14, 16, 28, 75 inc. 22 y 23 de la Const. Nac. y 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”*.

Entiende además, que *“en las condiciones expuestas, se aprecia que las únicas opciones con que cuenta la amparista, a estar a la sentencia, pasan a ser las siguientes: una primera, consistente en seguir como hasta ahora, conviviendo con la familia ampliada, sin lo necesario para cubrir lo mínimo para la subsistencia, en un clima de constante agresión, a la espera de la concreción en sede administrativa de un programa que la incluya en el otorgamiento de*

*una vivienda, supeditado todo ello a la disponibilidad presupuestaria. Si ello es intolerable, la segunda alternativa es más desesperante aún, porque lo único que les resta es quedar en la calle, sin vivienda y sin medios, con todo lo que esto implica desde la particular vulnerabilidad que porta el grupo desventajado -compuesto por discapacitados, mujer, niño- y en esta hipótesis los riesgos se acrecientan incluso desde la perspectiva de ser víctimas de todo tipo de abusos, incluso desde la perspectiva sexual”.*

Asimismo, sostiene que la medida dispuesta por la alzada, promover la implementación de un programa de vivienda, no es efectiva en la práctica, pues involucra una aspiración, la que está condicionada a las asignaciones presupuestarias y al tiempo que demande la creación del programa, ya que el tiempo de diligenciamiento en su puesta en marcha no alcanza a ser una respuesta eficaz y oportuna, para combatir los problemas que presentan las dos opciones antes mencionadas: seguir viviendo con la familia ampliada violenta o, en todo caso, quedarse sin hogar. Es así, que se ha desentendido en la práctica los derechos que sí se reconocen, en el fallo.

Por otro lado, evaluando la situación fáctica, admite que la Administración se encontraba desde hace más de un año en conocimiento de la delicada y apremiante situación padecida por la señora Cecilia Portillo y su núcleo familiar, sin que haya dado solución al reclamo inicial, en cuanto a las medidas necesarias para garantizarles un nivel de vida adecuado, que comprenda un subsidio de subsistencia y la posibilidad de llevar adelante una vida familiar en condiciones de igualdad con las demás personas, atendiendo a las particularidades propias de una familia cuyos integrantes poseen, todos, diversas incapacidades físicas y psíquicas.

De Lázari, argumenta que *“de lo que se trata, en síntesis, es de dar efectivo cumplimiento a la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los restantes tratados citados, que después de la reforma tienen jerarquía constitucional y en los que el Estado asumió el compromiso internacional de promover políticas tendientes a la efectividad, la igualdad de trato y oportunidad respecto de personas tan frágiles como son los niños, la progenitora con graves problemas de salud y su grupo familiar”.*

Hace una valoración del principio constitucional, establecido en el art.75 inc.23 de la Constitución Nacional, que impone que el Estado debe asumir la concreción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales de Derechos Humanos, y admite que el juez debe interpretar las normas existentes a la luz del principio de acción positiva.

En ese contexto, considera que en éste caso resulta imperioso que la

Suprema Corte disponga medidas de acciones positivas y concretas para garantizar de inmediato el goce de los derechos fundamentales acreditadamente vulnerados.

Por mayoría de fundamentos concordantes, se hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto y se amplió la condena ya impuesta a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata, disponiendo que provean en un plazo que no exceda de los 60 días a partir de la notificación, por la vía y/o modalidad jurídica que corresponda, una vivienda adecuada a la familia constituida por Cecilia Portillo<sup>196</sup>.

En su caso, y hasta tanto se dé cumplimiento a la aludida prestación, las demandadas deberán cubrir a su exclusivo costo, dentro de las siguientes 48 horas, el alojamiento de en un hotel o complejo habitacional. Además, se ordena a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata que incluyan a la señora Portillo y su grupo familiar en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital, para satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia.

### ***3.2.- SCBA: “B.A.F. C/Provincia de Buenos Aires s/amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de Ley (2013)”***

#### **Fundamento Fáctico:**

<sup>196</sup> Del examen de las actuaciones se advierte que la actora era desocupada, con formación escolar de nivel primario. Aseguraba haber percibido un “plan asistencial” de \$ 150 desde el año 2002, el que cesó en el año 2006. Vive en pareja con el señor Agustín Toledo, albañil, sin trabajo estable. Sus únicos ingresos derivaban de “changas” que realizaba el hombre con frecuencia de 2 ó 3 días a la semana, por sumas aproximadas a los \$ 20 ó \$ 30 diarios.

Convivían -junto con sus cinco hijos menores de edad-en una minúscula vivienda prefabricada de madera, levantada sobre un terreno cedido a préstamo, sin provisión de agua ni gas. El baño se hallaba en el exterior, sin instalar. Poseían únicamente un dormitorio con dos camas, en las que duermen los siete integrantes, y afirmaban que se sentaban “para comer en las camas”. En su escrito de demanda, la actora denuncia que el dueño del predio -señor Jorge Sosa-quien gentilmente les habría prestado el terreno para vivir provisoriamente, les pide que se retiren.

La perito asistente social que intervino en autos, concluyó que el núcleo familiar se ubica en “un estrato social bajo inferior y de acuerdo al nivel de ingresos debajo de la línea de indigencia, no cubriendo la C.B.A. (Canasta Básica Alimentaria), es decir que no cuentan con los requerimientos normativos kilocalóricos y proteicos diarios imprescindibles de los integrantes, a cubrir estas necesidades durante un mes”

Posteriormente, la Municipalidad de La Plata informa que “el único plan vigente se encuentra ubicado en la Bajada de la Autopista perteneciente al Barrio de Tolosa, proveniente de la ejecución realizada en el Programa Federal de Construcción de Viviendas, Sub Programa de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios( ...) Las personas que acceden a dicha pre-adjudicación están inscriptas en el Censo realizado por la Provincia de Buenos Aires en el año 2004, ejecutado por este municipio, y con una adjudicación definitiva por parte del Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires.”

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, con asiento en la ciudad de La Plata, por mayoría, rechazó el recurso de apelación interpuesto por la señora A.F.B., confirmando de esa manera, la decisión del titular del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 11 del Departamento Judicial La Plata, por la que se declaró improcedente la acción de amparo promovida con fundamento en el carácter excepcional y subsidiario de la vía procesal referida, así como en la ausencia de una arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta en el obrar de la Administración por no encontrarse acreditado en la causa que la interesada hubiese efectuado reclamos fehacientes ante la autoridad administrativa competente con antelación al inicio de la presente acción judicial.

Contra tal pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal. La Sra. Benítez, impugna con los siguientes fundamentos: que existe la obligación positiva del Estado de responder ante la acuciante violación del derecho a una alimentación adecuada y a una vivienda digna, para lo cual se apoya en el art. 36 de la Constitución de la Provincia y en lo expresado en el precedente Ac. 98.260 de la Suprema Corte. En ese orden, alega que la sentencia en crisis vulnera numerosas normas constitucionales y de instrumentos internacionales de igual jerarquía, particularmente aquéllas relacionadas con la protección de derechos económicos, sociales y culturales tales como el derecho a una vida digna, a la alimentación, a la vivienda digna, a la protección de la familia y, en especial, con los derechos del niño.

La Procuración General de la Suprema Corte, al contestar la vista que le fuera conferida, consideró que debía hacerse lugar a la pretensión de la actora, atento la comprobada gravedad de su situación económico-social y la de su grupo familiar y la falta de respuesta jurídica que -en tal sentido-brinda la sentencia atacada.

### **Fundamentos del Fallo**

El Dr. Negri, luego de analizar la procedencia del amparo desde la interpretación de los art. 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 43 de la CN, entiende que *“el juez de grado -pese a rechazar la medida cautelar solicitada desde el inicio por la accionante, pidió formalmente informe al Ministerio de Desarrollo Humano acerca de la existencia, alcances y condiciones de acceso a planes sociales que pudieran contemplar la situación de la señora B. y convocó también a las partes a una audiencia conciliatoria tendiente a la obtención de una solución para el litigio. Las medidas aludidas no tuvieron resultados positivos para la satisfacción de la situación particular de la reclamante.”*

En su razonamiento, el Magistrado fundamenta que *“según surge del informe presentado por el Ministerio y la “planilla adjunta”, el programa implementado por el “Área de Emergencia Habitacional” sólo brinda materiales para la construcción de viviendas o casillas prefabricadas, a quienes posean titularidad de un lote por compra, cesión, donación o adjudicación municipal.*

*Destacándose que “no resulta este Organismo competente para la adjudicación de terrenos”. La demandada no informó sobre la existencia de ningún otro plan social. Tampoco arrojaron soluciones las audiencias celebradas, más allá del acuerdo entre las partes respecto de la necesidad de citar a los presentes actuados a la Municipalidad de La Plata. Ninguna de las demandadas efectuó entonces una propuesta sustentable tendiente al reconocimiento de los derechos que se denunciaron como lesionados”.*

El derecho a una tutela judicial efectiva exige que ninguna argumentación relacionada con las específicas competencias de los distintos departamentos del Estado pueda ser oponible al particular como forma de evitar o retrasar el ejercicio de un derecho.

Aquí nuevamente la Suprema Corte, hace referencia a que la gravedad del caso exige la adopción de medidas positivas para superar las dificultades antes referidas.

En tales condiciones, ante el pedido concreto de la provisión de una vivienda digna donde constituir un vínculo familiar autónomo y de cobertura de las necesidades básicas insatisfechas, y haciendo una ponderación de los principios constitucionales establecidos en la CN y en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional el Juez Negri, en el considerando cuarto del fallo, sostiene que es *“necesario determinar una específica conducta a desarrollar en lo inmediato por el Poder Administrador, a fin de revertir cuanto antes la insostenible situación descrita, concretar la consecución de la igualdad y el cumplimiento del mandato ético ínsito en todo derecho de asegurar y promover el respeto a la persona humana”.*

En cuanto al rol del poder judicial, entiende que corresponde al juez, por su especial situación dentro del orden jurídico como guardián y curador del Derecho, velar activa y eficazmente por la aplicación de los mismos.

En relación a la aplicación del Derecho y haciendo una ponderación de los tratados, sostiene, que los mismos expresan principios que deben ser actuados concretamente so pena de quedar convertidos en una mera expresión declamatoria, que más que afirmar, herirían la conciencia y el valor intrínsecamente humano del Derecho.

El voto del Juez Soria, entiende que *“las prestaciones estatales correspondientes a la realización del derecho a la vivienda, a la salud y a la alimentación, no se traducen en contenidos fijos ni unívocos, en tanto dependen del grado de desarrollo de la sociedad, del diseño de políticas públicas y de las propias circunstancias personales de quienes los demandan, extremos que no pueden obviarse a la hora de encuadrar esta problemática en el acotado marco de un proceso judicial”.*

Citando el caso Quisbert de la CSJN, del año 2012, sostiene *“que los pre-*

*ceptos que consagran esta clase de derechos sociales poseen una “operatividad derivada”, en el sentido de que si bien por su solo enunciado no confieren a los ciudadanos una acción judicial para solicitar su satisfacción vinculan y obligan al Estado, al tiempo que permiten a los jueces un escrutinio de razonabilidad y los habilitan para disponer medidas en casos extremos, en cuanto se verifique la afectación de un núcleo esencial que atañe al reconocimiento mínimo e impostergable de tales bienes jurídicos”.*

El Juez Soria, participa de la idea que el Poder Judicial no tenga a su cargo funciones que son más apropiadas de las políticas sociales, quedando reservado como garante ante el incumplimiento de los referidos programas de inclusión; en otras palabras, no corresponde dentro de su órbita de actuación diseñar políticas públicas. Sin embargo, y en vistas de las razones expuestas, estos programas no contemplan este trato preferencial en perspectiva de derechos que la manda constitucional en los arts. 14 bis, 16, 75 incs. 19, 22 y 23 disponen, ni se corresponde con el contenido mínimo que marca este derecho a la vivienda adecuada (art. 11.1 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales).

Por tales fundamentos la Suprema Corte hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, y condena a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, coordinada y solidariamente, provean en un plazo que no exceda de los 60 días a partir de notificada la resolución, por la vía y/o modalidad jurídica que corresponda, una vivienda adecuada a la familia constituida por A.F.B. y sus cinco hijos menores de edad. En su caso, y hasta tanto se dé cumplimiento a la aludida prestación, las demandadas deberán cubrir a su exclusivo costo, y dentro de las siguientes 48 horas, el alojamiento de los nombrados en una casa de alquiler, hotel o complejo habitacional similar que reúna las condiciones arriba explicitadas.

Asimismo, ordena a las accionadas, Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de La Plata, que incluyan a la señora B. y su grupo familiar, en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital, para satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia, el cual deberá hacerse efectivo a nombre de la señora A.F.B., mientras no varíen las circunstancias fácticas del caso.

#### **4.- Reflexiones finales**

El presente trabajo merece al menos dos reflexiones respecto al derecho constitucional a la vivienda digna. Por un lado, desde las políticas públicas, llevadas adelante desde el Municipio de Tandil, en el período 2013-2017, se puede observar que existe un número elevado, más de la mitad, correspondiente a excepciones al Plan de Ordenamiento Territorial, para proyectos de obra, tanto para vivienda unifamiliar como multifamiliar, y asimismo son considerables las

autorizaciones de escrituraciones de parcelas para el Plan Familia Propietaria. Del mismo modo, existe desde el Municipio una clara voluntad en la urbanización especial de parcelas, predominantemente para el uso de vivienda unifamiliar de equipamiento comunitario.

Además, el Municipio, durante el período 2013-2014, convalidó el convenio con la Nación, para implementar el Plan PROCREAR, cuya finalidad era facilitar el acceso a la construcción de viviendas únicas, familiares, y de ocupación permanente y asimismo se estableció como se transferirían los fondos públicos fiduciarios para la construcción de viviendas.

Se puede advertir, además, que son escasas las ordenanzas que establecen compensaciones económicas, para reparar los daños materiales a la vivienda única y de ocupación permanente, abono de contratos de locación a personas con discapacidad, con destino a vivienda de uso familiar, y subsidios económicos que otorga la Secretaria de Desarrollo Social, a las personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad, no existiendo planes municipales de acceso a la vivienda.

Y por otro lado, en la introducción del presente trabajo planteamos, que la efectivización de los DESC en general, y del derecho a la vivienda digna, en particular, dependen de las políticas públicas.

Ahora bien, respecto de los fallos analizados observamos, que el Poder Judicial, toma decisiones que ordenan el cumplimiento del derecho a favor de una persona o familia determinada, usualmente por la condición de especial vulnerabilidad en que se encuentra y por estar en juego otros derechos de igual jerarquía, como la protección de la infancia, discapacidad, salud, trabajo y alimentación, entre otros, sin que existan o sean suficientes las políticas referenciadas en beneficios de tales personas, o grupos de personas.

Con respecto a los pronunciamientos analizados del Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, se advierte un rol activo del Poder Judicial, en la real efectivización del derecho constitucional a la vivienda, y además tienen, a nuestro entender, un gran valor porque reconocen la facultad que tiene el Poder Judicial de controlar la razonabilidad de las políticas públicas destinadas a garantizar derechos fundamentales.

De los casos analizados se deduce que si bien los poderes políticos tienen a su cargo la definición del contenido, modo y alcance de las prestaciones sociales básicas, se reconoce la facultad de reclamar judicialmente a quien en las mismas circunstancias apremiantes fuere privado sin razón plausible del acceso a bienes indispensables otorgados a otros. En ese plan, diverso entonces al de la estricta ponderación del mérito de las políticas sociales, cabe situar la intervención judicial en procura de soluciones razonables, a discernirse en el contexto de las circunstancias objetivas de cada causa, a favor de aquellas personas que, por

su grado de vulnerabilidad, requieren una atención prioritaria o impostergable.

Otro interrogante que se advierte en los fallos, es si el reclamo de éste tipo de derecho, requiere de mecanismos procesales diferentes, a los que existen en la actualidad, como es el amparo. Consiguientemente, es plausible pensar herramientas procesales para plantear en sede judicial, derechos de incidencia colectiva y de contenido patrimonial, que en el marco de la decisión judicial impone al Poder Legislativo o al Ejecutivo, medidas de acción positiva de índole presupuestaria.

Tal interrogante, es tomado por los jueces en la causa, cuando advierten *“que la gravedad del caso no impedía una reflexión sobre la realidad circundante: la que advierte un número importante de situaciones que se podrían considerar análogas y a las que por un principio de igualdad tendría que proporcionárseles, en su momento, un tratamiento similar”*.

Hasta tanto se establezcan mecanismos adecuados para reclamar estos derechos, temas que deberían ser incluidos en la agenda de reformas judiciales, para reforzar el acceso a la jurisdicción, nos quedamos con las palabras del Juez Negri en el Fallo Benítez, cuando expresa *“acaso estos hechos sirvan como advertencia al poder político: la justicia social debe llegar antes y no después de la justicia judicial”*.

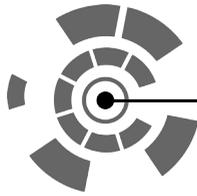
## **Bibliografía**

- ABRAMOVICH, Víctor (2006), *“Una aproximación al enfoque de los Derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”*. Disponible en [http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque\\_de\\_dchos\\_en\\_estrategias\\_y\\_politicas\\_desarrollo\\_Am\\_Lat.pdf](http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque_de_dchos_en_estrategias_y_politicas_desarrollo_Am_Lat.pdf)
- ABRAMOVICH, Víctor, (2009) *“El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”* y MAURINO, G. - NINO, E., *“Judicialización de políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires”*, en: ABRAMOVICH, V. - PAUTASSI, L. (Comp.), *“La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 1-89 y 173-206.
- ALFONSO, Santiago (2015) *“El derecho constitucional de las políticas públicas”*: LA LEY, 2015-F, 699.
- LIRA, Luis (2006) *“Revalorización de la Planificación del Desarrollo”*, Capítulo IV, Política y Políticas Públicas. Santiago de Chile, 2006. Disponible en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7316/1/S0600462\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7316/1/S0600462_es.pdf)

- LLORET, Elsa María del Carmen (2015) “*El derecho a la vivienda: ¿un derecho exigible judicialmente?*”, Cartapacio de Derecho, 2015. Disponible <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1481/1928>
- MAY, Peter J. (2003). “*Policy design and implementation*”, en B. Guy Peters and Jon Pierre (eds.), *Handbook of Public Administration* (Sage, London), pp. 223-233.
- MIGUELTORENA, Alejandro (2013), “*Racionalidades y contraracionalidades a partir de la vivienda en la producción del espacio urbano de Tandil, Argentina*”. Disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/rcg/article/view/36308/37942>
- UCIN, María Carlota (2015), “*La judicialización del derecho a la vivienda*”. Publicado en LA LEY 23/01/2015, 1. LA LEY 2015-A, 715.

## **Jurisprudencia**

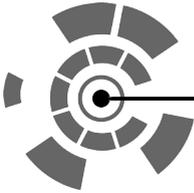
- SCBA, 2010, “P., C. I. y otro contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley”, causa N° 70.717, sentencia del 14 de junio de 2010.
- SCBA, 2013. “B.A.F. C/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo. -Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley”, Disponible en <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/040/880/000040880.pdf>



# **derecho procesal**



## La deconstrucción del concepto “peligrosidad procesal”



Gabriel H. Di Giulio

(UNICEN)

### Resumen:

El concepto “peligrosidad procesal” que se invoca para motivar y justificar la prisión preventiva se ha edificado como una regla de carácter genérico y abstracto, adoptando la forma de *presunción legal* o incluso *judicial*. Los postulados que cimientan su arquetipo no han sido verificados empíricamente y carecen de sustentación científica, respondiendo a criterios o enunciados dogmáticos. La aplicación del estándar puede derivar en el vicio de la arbitrariedad sin que resulte posible, con los parámetros de la regla, distinguir estos defectos de las situaciones legítimas.

Los estándares convencionales enunciados por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en torno a la privación cautelar de la libertad convergen en la deconstrucción del concepto de peligrosidad procesal y exigen su reemplazo. Los tribunales argentinos, en general, adoptan sus decisiones sobre la base de la regla genérica y abstracta para privar de libertad en forma preventiva, sin aplicar los estándares convencionales, a pesar de su jerarquía constitucional.

Los estándares convencionales posibilitan la construcción del fundamento habilitante para la privación de libertad preventiva.

### 1.- Consideraciones preliminares

Las vicisitudes en materia de política criminal han delineado en nuestra región un sinuoso y oscilante marco regulatorio de las medidas restrictivas de la libertad que bien pueden graficarse como una onda cuya cresta coincide con la sensación o demanda social instalada en los medios de comunicación de un incremento de la delincuencia y su valle con la marcada disminución –o exclu-

sión momentánea de la agenda de los medios de comunicación- de la inseguridad ciudadana frente al delito con más el necesario –y ya intolerable- exceso de población carcelaria.

Se puede trazar una gráfica que refleja ambas situaciones y podrá advertirse, al menos desde el advenimiento de la democracia en nuestra región, una relación directamente proporcional.

¿Existe alguna razón justificante de este comportamiento?. Esta es la primera incógnita que se presenta, aunque insuficiente como tal. La pregunta debe ser esta ¿existe alguna relación entre lo que es la prisión preventiva y el comportamiento antes descrito?.

Mostraré algunos reflejos de las oscilaciones antes referida.

Los años 2004, 2009, 2013, 2015 y 2017, por citar algunos ejemplos fueron beneficiarios de agravamientos en la regulación (mediante reformas procesales) o aplicación (mediante criterios judiciales) de las detenciones y prisiones preventivas.

Otros años, por el contrario, se mostraron indicadores que restringieron el uso de las prisiones preventivas. Así ocurrió en 1998 con la vigencia de la Ley provincial 11.922 y los sucesivos años 2003, 2007, 2011, etc.

Este fenómeno no se presenta sólo en el ámbito provincial. También se advierte en el fuero federal. Es significativo el número de detenciones y prisiones preventivas en causas por delitos contra la Administración Pública que se dictaron en el año 2017 y las ulteriores libertades decretadas por órganos superiores en el año 2018.

Este zigzag explica por qué existen expresiones tan dispares de un mismo fenómeno. Por ejemplo:

a) En el año 2005, la CSJN en el caso “Verbitsky” reconoció que solo en supuestos en los que el imputado puede alterar u obstruir la averiguación de la verdad, o existan elementos que pongan en riesgo la aplicación de la ley penal por posible fuga o elusión del accionar de la justicia, procede la prisión preventiva. Esta debe respetar los principios de proporcionalidad, etc.

b) En el año 2006 el Tribunal de Casación en Pleno de la provincia de Buenos Aires (Acuerdo Plenario en expediente 5627 caratulado “Fiscales ante el Tribunal de Casación solicitan convocatoria a Acuerdo Plenario”) resolvió “No es posible fijar judicialmente en abstracto un término para el plazo máximo razonable de duración de la prisión preventiva, siendo de incumbencia de los jueces su determinación en cada caso particular.- En tal determinación corresponde tener en cuenta que, cuando no medie complejidad en las causas, la prisión preventiva no puede durar más de dos años hasta la sentencia no firme del juicio oral, sin computarse en dicho término el tiempo insumido por el diligenciamiento de

prueba fuera de la jurisdicción, los incidentes, los recursos, o mientras el Tribunal no esté integrado. Que cuando se verifiquen supuestos de suma complejidad del proceso derivados de la pluralidad de imputados, las circunstancias del hecho y el concurso de delitos se deberá estar a las previsiones del “plazo razonable” puntualizado en el artículo 2° del C.P.P., sujeto a la apreciación judicial en cada caso.- Ese plazo razonable será el criterio para establecer la legitimidad del encarcelamiento en su extensión temporal en la etapa recursiva, tomándose en cuenta las recomendaciones de los Organismos Internacionales referidas a: la complejidad del caso; la actividad procesal de las partes; la conducta de las autoridades judiciales en cuanto hayan implicado dilaciones indebidas y la proporcionalidad con la pena”.

c) En el año 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo “...deberán extremarse los recaudos para evitar encarcelamientos innecesarios, adoptando las medidas de cautela o ejecución menos lesivas que a tal efecto ofrecen las legislaciones pertinentes en el ámbito de la coerción procesal y material (v. ap. XI del fallo de la C.S.J.N. in re “Recurso de hecho deducido por el C.E.L.S. en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus, sent. 3-5-2005 y pertinentes de este Tribunal).” (SCBA, RP 83909 I 19-12-2007 CARATULA: V.,H. s/ Habeas corpus. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley. MAG. VOTANTES: Soria-Hitters-Negri-Genoud-Kogan-Pettigiani-de Lázari).

d) En el año 2008, por plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal “Díaz Bessone”. Se lee de este decisorio “La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que ‘la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma’ (Fallos: 7:368; 16:88; 54:264; 64:353; 102:219 y 312:185), y que las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación en esa materia son inmediatamente reglamentarias del derecho consagrado por el Art. 18 de la Constitución Nacional (causa: R.324 XXIII, “Rodríguez Landívar, Blanca Sofía s/ incidente de excarcelación”, del 6 de agosto de 1991)... El respeto debido a la libertad individual – ha dicho la Corte- no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y que no frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo. Se trata, en definitiva de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente (Fallos: 280:297), pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (Fallos: 272:188).”

e) El mismo Tribunal, en el año 2013 resolvió “hacer lugar a la medida cautelar peticionada por el CELCS” y ordenar al estado provincial la suspensión de la entrada en vigencia de la ley 14.434 que modificó el art. 171 CPP “hasta

tanto se resuelva el planteo de constitucionalidad”, considerando que prima facie contradice las normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico confluyen en la consagración de la libertad del imputado durante la tramitación del proceso “dado que la norma parece inclinarse a establecer una categoría abstracta de lo no excarcelable atendiendo a la clase de delito” sin margen de apreciación judicial acerca de la entidad de la conducta en torno a la libertad ambulatoria (causa I-72427 “CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) Y OTROS C/ PROVINCIA DE BS. AS. S/ INCONST. LEY 14.434”).

f) En el año 2013, la CSJN con cita del dictamen del Procurador, resolvió “**no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan**, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) **que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.** Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida” (ídem, parágrafo 93) (cita contenida en el dictamen del Procurador General de la Nación Argentina en el precedente “M., A. O. s/ p.s.a estafa procesal” s.e. M. 960, L. XLVIII (conocido como “Merlini”; la negrita me pertenece). De modo que “**cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención**” (ibídem; la negrita me pertenece).

g) En el año 2014, también con cita del dictamen de la Procuración, la CSJN invocó expresamente y reenvió por sus fundamentos a su par emitido en “Merlini” (autos “Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada -causa n° 161.070, sentencia del 6 de marzo de 2014). Del dictamen del Procurador General de la Nación, que comparte la Corte por mayoría, se lee “*En tales condiciones, por la sustancial analogía que guardan, en este aspecto, con los agravios y la resolución que han sido objeto de análisis en el mencionado caso “Merlini”, me remito en lo pertinente a los fundamentos del dictamen allí emitido -el 12 de agosto de 2013- Y los doy aquí por reproducidos en razón de brevedad. En efec-*

*to, al igual que en aquel caso, en el sub examine el superior tribunal provincial le restó relevancia a las condiciones personales de P y al comportamiento que tuvo en el marco del proceso, aduciendo de manera dogmática que, al no exceder la regularidad de situaciones que se presentan en la generalidad de los procesos, carecían de relevancia para contrarrestar aquella presunción en casos como el presente. De ese modo, omitió analizar la incidencia del conjunto de esas circunstancias en relación con la situación particular del imputado, y subordinó la posibilidad de controvertir la presunción de fuga que resulta de la gravedad de la sanción a partir de condiciones”. Y agrega “No pierdo de vista que en el sub examine -a diferencia del citado “Merlini”- se dictó sentencia de condena que, aunque no se encuentre firme, constituye una decisión sobre el fondo que, como tal, goza de una presunción de acierto que incide desfavorablemente en cuanto al riesgo de fuga. Sin embargo, estimo que ese pronunciamiento, aún así, no priva de significación a aquella omisión del a quo, desde que el encarcelamiento no deja de ser cautelar, y entonces la decisión debe contener la motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a los requisitos impuestos por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, entre ellos, el de necesidad, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto (sentencia del 21 de enero de 1994, en el caso “Caso Gangaram Panday Vs. Surinam”, parágrafo 93). En definitiva, también en el sub lite el acusado se vio privado de la posibilidad de exponer razones a favor de su libertad, y en los hechos se le atribuyó carácter irrevocable a aquella presunción legal, por lo que el pronunciamiento no se conformó a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta materia. En tales condiciones, pienso que la decisión apelada debe ser descalificada”.*

Por encima de las disquisiciones procesales y de derecho interno, la CIDH, sin las vacilaciones apuntadas –circunstancia que coincide con la inexistencia de una “política criminal” de parte del Tribunal Internacional- ha zanjado un camino de construcción material del contenido de las garantías del art. 7 CADH. La CIDH en “Suárez Rosero Vs. Ecuador; Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)) afirmó “Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3).

En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

Por sentencia del 21 de noviembre de 2007 en el caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, parágrafo 93) señaló “no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”. Y remató, con un alcance completamente contrario al que emana de la decisión impugnada, que “cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”.

En el mismo sentido se pronunció la CIDH en la sentencia de 22 de noviembre de 2005 (caso “Palamara Iribarne vs Chile”), al indicar que “para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención” (parágrafo 198).

El referido Tribunal Internacional, en precedente que tuvo a nuestro país por demandado, reiteró el criterio según el cual “**las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva**” (sentencia de 30 de octubre de 2008 en el caso “Bayarri vs. Argentina”, parágrafo 74; la negrita y subrayado me pertenecen).

Más recientemente, y en otro asunto que tuvo a la Argentina por demandada (“Argüelles y otros vs. Argentina”, sentencia de 20 de noviembre de 2014;

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) la CIDH resolvió “Para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: i) que su finalidad sea compatible con la Convención, como lo es asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) **que sean necesarias**, es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado **y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido**; iv) que sean estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida; v) **cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria** y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención” (la negrita y subrayado me pertenecen).

En cuanto a los problemas, éstos derivan fundamentalmente de su legitimidad, implementación, de la duración de la medida de coerción, de la extensión temporal del procedimiento penal y de las consecuencias asignadas por la ley y nuestra doctrina a la rebeldía.

Sin embargo esta compleja realidad tiene otra arista sin la cual no es posible comprender cabalmente la situación planteada. El órgano público estatal legitimado para la investigación y persecución penal debe contar con todos los instrumentos y medios posibles para lograr su función dentro del marco de la ley y la eficacia. Reitero, tiene que poder investigar y perseguir con eficacia y eficiencia. Y para esto, en ciertos casos, es menester la privación de libertad del reo. Por ejemplo, cuando existe riesgo cierto de entorpecimiento de la investigación, de alteración de rastros o evidencias, peligro de fuga que impida el avance del procedimiento penal (por los alcances otorgados a la rebeldía) y fundamentalmente, el cumplimiento de la eventual condena o de su confirmación. Surge el fundamento de las medidas de coerción personal, conocido como *Poder de Arresto*.

Del *estado de inocencia y poder de arresto* resulta la síntesis: la privación de libertad sin condena es justificable, no obstante el estado de inocencia, (sólo) cuando peligre la posibilidad de investigar y/o juzgar el hecho con apariencia ilícita o el cumplimiento de la condena y esa privación resulte proporcionada al fin que se pretende lograr con su dictado.

De modo que *la privación de la libertad sin condena reviste carácter cautelar*. Como toda petición cautelar exige de: 1) verosimilitud en el derecho y 2) peligro en la demora, quedando eximido el Estado de prestar contracautela.

La *verosimilitud en el derecho* se traduce en *aparición de responsabilidad penal* o más precisamente de la *perpetración del delito y de la participación del imputado*. Cada tutela judicial cautelar exigirá de un grado mayor o menor de

verosimilitud (así ocurre por ejemplo con la detención y la prisión preventiva), de acuerdo a sus características especiales.

El *peligro en la demora* se traduce doctrinalmente en *peligrosidad procesal*, cuyos términos contribuyeron con el progreso de la ciencia procesal y el reconocimiento de los derechos individuales frente al obrar omnipotente del Estado. Pero este concepto ha mostrado sus graves deficiencias e inconsistencias.

La *Peligrosidad procesal*, término defendido con maestría por el procesalista José Cafferata Nores, consiste en: (a) riesgo cierto de alteración de rastros y/o entorpecimiento del procedimiento o (b) riesgo cierto de no sometimiento a juicio o de incumplimiento de la condena eventualmente a imponer, o confirmar por tribunales superiores.

La peligrosidad procesal se diferenciò –y en esto radica el mayor progreso– de la *peligrosidad personal* o *social* que conciben al imputado, de acuerdo a sus características, antecedentes o por las particularidades del hecho investigado, como un sujeto peligroso para la sociedad por el riesgo de *reiteración delictiva*. Estos casos, que en innumerables ocasiones encuentran sustento legislativo, no reúnen la condición constitucional de validez porque parten de la concepción implícita de una coerción personal como *medida de seguridad* o incluso como *anticipo de pena*, aunque no se quiera reconocer ese alcance. Por duro que parezca, la peligrosidad personal o social *constríñe el estado de inocencia*.

La peligrosidad procesal ha reconocido entre sus contenidos importante número de presunciones legales o en ocasiones aparentes *presuntio hominis*, que se erigen sobre presupuestos tales como: cuanto mayor sea la pena amenazada por el delito incriminado mayor será el riesgo de fuga o entorpecimiento que adoptará el reo.

O incluso estas otras, más audaces: es una respuesta psicológica, o hasta instintiva, de todo ser humano darse a la fuga frente a la amenaza de una sanción grave.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Gangaram Panday Vs. Surinam, del 21 de enero de 1994) había señalado la necesidad de que los jueces evalúen la existencia de medidas suficientes, y alternativas al encarcelamiento preventivo, para asegurar el sometimiento de juicio del reo. A este señalamiento le demandará 20 años hasta que gravite positivamente en nuestro máximo Tribunal de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia Nacional en el precedente “Gramajo” (G. 560, XL, Causa 1573, del 5-09-2006) atinente a la peligrosidad del múltiple reincidente (art. 52 del Código Penal) se formuló distintas preguntas, que luego pondrían en crisis a los horizontes del concepto “peligrosidad”, cualquiera sea la naturaleza de la medida de restricción de que se trate: pena o prisión preventiva. ¿Existen estudios científicos que permitan sostener que cuanto mayor es la pena

amenazada mayor es el riesgo?. Tales estudios no existen. De haber existido, es de inferir que no arrojarían sino guarismos de probabilidad. Y entonces, ¿en qué margen o fracción se incluye al sujeto bajo juzgamiento?. La Corte dijo “la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. Dicho cálculo, para considerarse correctamente elaborado, debería basarse en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números. En dicho caso, la previsión, llevada a cabo con método científico, y con ligeros errores, resultaría verdadera: de un total de mil personas, por ejemplo, se observaría que, dadas ciertas circunstancias, un porcentaje –que designaremos arbitrariamente como la mitad para el ejemplo-, se comportaría de determinada manera, extremo que se habría verificado empíricamente. Pero este cálculo... no permitiría establecer de manera específica cuáles, del grupo total, serían las quinientas personas que se comportarían de tal forma y cuáles las restantes...”, “Las medidas penales, se las llame penas o como quiera denominarlas el legislador, la doctrina o la jurisprudencia, siempre se imponen a una persona y, por ende, frente al caso individual. Nunca podría saberse por anticipado si con la reclusión habrá de evitarse o no un futuro delito...”, “En consecuencia, no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona... sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual”, “Cuando se maneja el concepto de peligrosidad en el derecho penal, se lo hace sin esa base” (refiriéndose a los estudios científicos elaborados para establecer el comportamiento probable de las personas en ciertas condiciones penalmente relevantes) y agrega la Corte que se efectúa “...como juicio subjetivo de valor del juez o del doctrinario, con lo cual resulta un concepto vacío de contenido verificable, o sea, de seriedad científica. **De este modo, resulta directamente un criterio arbitrario inverificable**” (la **negrita y el subrayado me pertenece**).

Remata el Cíbero Tribunal “En síntesis: la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal”.

Estos elocuentes argumentos, lúcidos, irrefutables y lógicos son enteramente aplicables a la peligrosidad procesal (que importa peligrosidad en sí).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia se pronunció el día 6 de marzo de 2014 revocando la sentencia del Superior Tribunal de Justicia Cordobés, por cuanto no se ajustaba a los estándares impuestos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en los términos de la Corte Interamericana exige la evaluación concreta y específica de la situación del imputado a la luz de los peligros procesales, más allá de las presunciones legales basadas, por ejemplo, en la gravedad de la pena amenazada (CSJN, L. 196. XLIX., Layo Fraire, Gabriel

Eduardo I p. s. a. estafa reiterada -causa n° 161.070- y L. 200 y L-), que hace suyo, por mayoría, el dictamen de la Procuración General de la Nación.

Nuestras legislaciones se ha debatido entre modelos rígidos de presunciones legales y modelos elásticos de interpretación y valoración judicial. En provincia de Buenos Aires es frecuente acudir al CPP para delinear el ámbito de libertad y sus restricciones sin reparar que la Constitución Provincial contiene disposiciones muy relevantes para iniciar su análisis. En especial, porque esas disposiciones mejoran, en mi opinión, las garantías enunciadas en la CN, 18, que impone al *arresto* la condición de proceder de orden de Juez, que no puede desvincularse del debido proceso ni de la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos.

La CP dispone: “*Nadie podrá ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, salvo en caso flagrante, en que todo delincuente puede ser detenido por cualquiera persona y conducido inmediatamente a presencia de su juez; ni podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente*” (CP, 16). La orden a la que hace referencia “*deberá especificar las personas u objetos...y no se expedirá mandato de esta clase sino por hecho punible apoyado en juramento o afirmación, sin cuyos requisitos la orden o mandato no será exequible*” (CP, 17). “*Todo aprehendido será notificado de la causa de su detención dentro de las veinticuatro horas*” (CP, 19). La CP, 21 enriquece en parte el ámbito de derechos individuales y garantías al disponer “*Podrá ser excarcelada o eximida de prisión, la persona que diere caución o fianza suficiente...*”, sentando la garantía a obtener una libertad caucionada.

Sin embargo, la segunda parte exige de una hermenéutica muy cuidada para que la *peligrosidad social* no se extraiga de sus términos, lo que vendría a contradecir la CN a partir del *estado de inocencia*. Reza: “*La ley determinará las condiciones y efectos de la fianza, atendiendo a la naturaleza del delito, su gravedad, peligrosidad del agente y demás circunstancias, y la forma y oportunidad de acordar la libertad provisional*”. La peligrosidad del agente debe necesariamente relacionarse con la *procesal* y de ahí que la interpretación imponga una labor *pro homine*, respetuosa de la sistematicidad y del régimen federal al que pertenece. Más allá de estas disquisiciones, bueno es reconocer que la norma en comentario no sujeta la admisibilidad de la libertad caucionada a la peligrosidad del agente. Son las condiciones y efectos de la fianza (es decir, de la caución para la libertad) las que están sujetas a estos parámetros.

La legislación procesal sienta la regla de la libertad durante el procedimiento penal (CPP, 144) en estos términos “*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*”. Asimismo el arresto o la detención “*se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible la persona y la reputación de los afectados*” (CPP, 145).

Se podrán ordenar sólo a pedido de parte cuando se den las siguiente condiciones (CPP, 146) “*1. Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar. 2. Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida. 3. Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela. 4. Exigencia de contracautela en los casos de medidas solicitadas por el particular damnificado o el actor civil*” (en éste último caso, referidas a la peticiones cautelares de carácter real).

Frente a la desaparición de sus requisitos se dispondrá a instancia de parte o de oficio su cese (CPP, 147), pudiendo fundarse la petición en una reevaluación del mérito de los elementos de convicción.

El CPP, 148 es trascendental para el tratamiento de las peticiones cautelares de carácter personal. Reza “*Para meritar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento, podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones. Para meritar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias: 1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga; 2. La pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual. 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal. Para meritar acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos*”.

La peligrosidad, en sí misma, como pauta de valoración de conducta, está en crisis. Su aparente decadencia como pauta de legitimación dejaría huérfano el fundamento del Poder de arresto en el Estado de Derecho y, lo que es peor, el desierto argumental abriría la puerta de la ineficacia tanto como el de la inseguridad de todas las personas.

## 2.- Examen analítico

El *estado de inocencia* es connatural con el principio *nulla poena sine iudicio* previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Ninguna medida de coerción personal puede desconocer ni privar del *estado de inocencia* porque implicaría un anticipo de pena. Y aun cuando parezca una perogrullada, sirva como primera conclusión la que sigue: *las medidas de coerción personal no son, ni pueden servir como, anticipo de pena.*

Sin embargo, la posibilidad de privación de libertad para quien goza del estado de inocencia incurre en severas contradicciones, en especial en su implementación, y no logra eludir problemas centrales para la ciencia jurídica. Héctor Superti plantea el dilema desde la óptica de la persona privada de su libertad preventivamente, a quien se le dice que goza del estado de inocencia, y concluye *“desde cierto punto... [aparece como] una perversa e irónica afirmación”*<sup>197</sup>. Julio Maier se había pronunciado en términos también contundentes *“Creo útil agregar que, luego de transitar muchos años el camino de estas explicaciones, no debo haber encontrado una más conveniente que la que califica a la privación de libertad durante el proceso, como un ‘mal necesario’”*<sup>198</sup>. Otra elocuente muestra se encuentra en las expresiones de José I. Cafferata Nores quien apuntó *“Debo reconocer, a pesar de todos los esfuerzos que se realizan para argumentar lo contrario, que la privación de libertad antes de la sentencia condenatoria tiene siempre un sabor a pena anticipada”*<sup>199</sup>.

En cuanto a los problemas, éstos derivan fundamentalmente de su legitimidad, de su implementación, de la duración de la medida de coerción, de la extensión temporal del procedimiento penal y de las consecuencias asignadas por la ley y nuestra doctrina a la rebeldía.

Sin embargo esta la compleja realidad tiene otra arista sin la cual no es posible comprender cabalmente la situación planteada. El Órgano Público Estatal legitimado para la investigación y persecución penal debe contar con todos los instrumentos y medios posibles para lograr su función dentro del marco de la ley y la eficacia. Reiteramos, tiene que poder investigar y perseguir con eficacia y eficiencia. Y para esto, en ciertos casos, es menester la privación de libertad del reo. Por ejemplo cuando existe riesgo cierto de entorpecimiento de la investigación, de alteración de rastros o evidencias, peligro de fuga que impida el avance del procedimiento penal (por los alcances otorgados a la rebeldía) y fundamentalmente, el cumplimiento de la eventual condena o de su confirmación. Surge el fundamento, que más adelante especificaremos, de las medidas de coerción personal. Se lo conoce como *“Poder de Arresto”*.

Del estado de inocencia y poder de arresto resulta la síntesis: la privación

<sup>197</sup> Superti, Héctor, 1998:173.

<sup>198</sup> Maier, Julio, 181:27.

<sup>199</sup> Cafferata Nores, 1994:161.

de libertad sin condena es justificable, no obstante el estado de inocencia, (sólo) cuando peligre la posibilidad de investigar y/o juzgar el hecho con apariencia ilícita o el cumplimiento de la condena y esa privación resulte proporcionada al fin que se pretende lograr con su dictado.

La segunda conclusión en la siguiente: *la privación de la libertad sin condena reviste carácter cautelar.*

Como toda petición cautelar exige de: 1) verosimilitud en el derecho y 2) peligro en la demora, quedando eximido el Estado de prestar contracautela.

La verosimilitud en el derecho se traduce en “*apariencia de responsabilidad penal*” o más precisamente de la “perpetración del delito y de la participación del imputado”. Cada tutela judicial cautelar exigirá de un grado mayor o menor de verosimilitud (así ocurre por ejemplo con la detención y la prisión preventiva), de acuerdo a sus características especiales.

El peligro en la demora se traduce en *peligrosidad procesal*, al que referiremos más adelante.

La tutela presenta los caracteres propios al género de pertenencia: a) provisoriedad; b) mutabilidad; c) proporcionalidad y d) accesoriedad.

La restricción cautelar de la libertad será computada, en caso de imponerse pena, de acuerdo a los términos del Código Penal o sus leyes especiales (como ocurría con la Ln 24390). Es una compensación que abre grandes interrogantes al debatido derecho a obtener indemnización en caso de haber recaído sentencia absolutoria. Ello es así porque si bien las leyes exigen error judicial o fraude para que prospere la indemnización por el encarcelamiento preventivo de la persona absuelta, la compensación que la ley reconoce a quien resulta condenado (computando el tiempo de privación de libertad a los fines de la pena), torna desigualitario el trato para quien obtiene la absolución y no recibe compensación a cambio, a pesar de su situación más favorable frente a la ley y la sociedad.

#### *Peligrosidad procesal:*

Consiste en: (a) riesgo cierto de alteración de rastros y/o entorpecimiento del procedimiento o (b) riesgo cierto de no sometimiento a juicio o de incumplimiento de la condena eventualmente a imponer, o confirmar por tribunales superiores. Debe diferenciarse la peligrosidad procesal de la denominada peligrosidad personal o social que conciben al imputado –de acuerdo a sus características, antecedentes o por las particularidades del hecho investigado- como un sujeto peligroso para la sociedad por el riesgo de “reiteración delictiva”. Estos casos, que en innumerables ocasiones encuentran sustento legislativo, no reúnen la condición constitucional de validez porque parten de la concepción implícita de una coerción personal como “medida de seguridad” o incluso como “anticipo de pena”, aunque no se quiera reconocer ese alcance. Por duro que parezca a las víctimas, o incluso a los jueces en oportunidad de resolver, la peligrosidad perso-

nal o social constriñe el estado de inocencia. Nos referiremos más adelante a las medidas de seguridad preventivas, su admisibilidad y consecuencias.

*La libertad ambulatoria y sus restricciones en la provincia de Buenos Aires:*

Es frecuente acudir al digesto procesal para delinear el ámbito de libertad y sus restricciones sin reparar que la Constitución Provincial contiene disposiciones muy relevantes para iniciar su análisis. En especial, porque esas disposiciones mejoran, en nuestra opinión, las garantías enunciadas en el art. 18 de la Constitución Nacional que impone al *arresto* la condición de proceder de orden de Juez, que no puede desvincularse del debido proceso ni de la irrenunciabilidad de la defensa de la persona y de los derechos. La Constitución provincial dispone: “*Nadie podrá ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, salvo en caso flagrante, en que todo delincuente puede ser detenido por cualquiera persona y conducido inmediatamente a presencia de su juez; ni podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente*” (art. 16). La orden a la que hace referencia “*deberá especificar las personas u objetos...y no se expedirá mandato de esta clase sino por hecho punible apoyado en juramento o afirmación, sin cuyos requisitos la orden o mandato no será exequible*” (art. 17). “*Todo aprehendido será notificado de la causa de su detención dentro de las veinticuatro horas*” (art. 19). El art. 21 de la Constitución Provincial en parte enriquece el ámbito de derechos individuales y garantías al disponer “*Podrá ser excarcelada o eximida de prisión, la persona que diere caución o fianza suficiente...*”, sentando la garantía a obtener una libertad caucionada. Sin embargo, la segunda parte exige de una hermenéutica muy cuidada para que la *peligrosidad social* no se extraiga de sus términos, lo que vendría a contradecir la Constitución Nacional a partir del estado de inocencia. Reza: “*La ley determinará las condiciones y efectos de la fianza, atendiendo a la naturaleza del delito, su gravedad, peligrosidad del agente y demás circunstancias, y la forma y oportunidad de acordar la libertad provisional*”. La peligrosidad del agente debe necesariamente relacionarse con la *procesal* y de ahí que la interpretación imponga una labor *pro homine*, respetuosa de la sistematicidad y del régimen Federal al que pertenece. Más allá de estas disquisiciones, bueno es reconocer que la norma en comentario no sujeta la admisibilidad de la libertad caucionada a la peligrosidad del agente, por ejemplo. Son las condiciones y efectos de la fianza (es decir, de la caución para la libertad) las que están sujetas a estos parámetros.

La legislación procesal sienta la regla de la libertad durante el procedimiento penal (art. 144 CPPBA) en estos términos “*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*”. Asimismo el arresto o la detención “*se ejecutarán de*

*modo que perjudiquen lo menos posible la persona y la reputación de los afectados” (CPPBA, 145).*

Se podrán ordenar sólo a pedido de parte cuando se den las siguientes condiciones (CPPBA, 146) “1.- *Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar.* 2.- *Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida.* 3.- *Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela.* 4.- *Exigencia de contracautela en los casos de medidas solicitadas por el particular damnificado o el actor civil” (en éste último caso, referidas a la peticiones cautelares de carácter real).*

Frente a la desaparición de sus requisitos se dispondrá a instancia de parte o de oficio su cese (CPPBA, 147), pudiendo fundarse la petición en una reevaluación del mérito de los elementos de convicción.

El art. 148 es trascendental para el tratamiento de las peticiones cautelares de carácter personal. Reza “*Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.* - *Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias: 1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga; 2. La pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual. 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.*- *Para merituar acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado: 1.- Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos”.*

## **Las privaciones de libertad cautelares dispuestas por orden de Juez**

### *Detención:*

Es una tutela judicial de coerción personal, de carácter cautelar, que proviene de orden escrita de un órgano jurisdiccional. Normalmente del Juez de Garantías. Requiere petición del Ministerio Público Fiscal, pero el Particular Damnificado puede solicitarla al órgano de juzgamiento para la oportunidad de

dictar veredicto y sentencia. Está regulada en el art. 151 CPPBA.

Procede cuando el promedio de la escala penal del delito imputado supere los tres años de prisión. También procede en los casos que, no superándolo, el imputado cuente con antecedentes que le impidan obtener una pena de ejecución condicional, o existan elementos suficientes que hagan presumir que no “cumplirá la orden”. Tratándose de concurso de delitos el promedio debe computarse por cada hecho en particular, sin que incidan las reglas de la composición de pena, pero en estos casos debe acompañarse de un pronóstico favorable de una ejecución condicional, para el caso de recaer condena.

Exige que se encuentren reunidos indicios vehementes de la perpetración del delito y motivos bastantes para presumir la participación del imputado (es decir, lo mismo que se exige para que el Fiscal convoque al imputado a audiencia en los términos del art. 308 CPPBA, párrafo cuarto). La sola denuncia no basta para detener a una persona (este es un límite fundamental a la libertad probatoria del art. 209 y su valoración, art. 210).

La detención tiene un plazo de 15 días prorrogable por igual tiempo mediante solicitud fundada del Ministerio Público al Juez de Garantías.

Presupone la privación de libertad del imputado quien será alojado en dependencia Policial o incluso en el Servicio Penitenciario.

La detención, cualitativamente considerada, es muy grave porque sus exigencias son limitadas. En comparación, la prisión preventiva requiere mayor grado de convicción y por ende su admisibilidad es más restrictiva. Pero considerada cuantitativamente la prisión preventiva es mucho más gravosa que la detención.

Como la detención expira en breve lapso configura una medida verdaderamente temporal. En caso de resultar necesario el mantenimiento de la privación de libertad deberá ser convertida en prisión preventiva, a instancia del Ministerio Público Fiscal y por orden del Juez de Garantías. Singularmente podría solicitarse y ordenarse directamente la prisión preventiva, pero normalmente el progreso de la investigación y la recolección de elementos de convicción va acompañada de las mayores exigencias entre una y otra.

#### La prisión preventiva:

Constituye la tutela judicial cautelar de privación de libertad por antonomasia. Procede de orden judicial fundada y motivada con descripción del hecho imputado y desarrollo de los elementos de convicción que la sustentan (CPPBA, 158). Exige además la explicación de las razones que conducen a desestimar medios de tutela de la libertad como las libertades caucionadas (excarcelación). A diferencia de la detención en la que la *probabilidad* es suficiente para justificar su dictado en los casos que procede, la prisión preventiva exige *probabilidad positiva*. Así lo dispone el art. 157 CPPBA que reza “La detención se convertirá

*en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos: 1 - Que se encuentre justificada la existencia del delito. 2 - Que se haya recibido declaración al imputado, en los términos del artículo 308°, o se hubiera negado a prestarla. 3 - Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o participe penalmente responsable del hecho. 4- Que concurren los presupuestos establecidos en el artículo 171° para denegar la excarcelación”.*

La prisión preventiva presupone la realización de la audiencia del art. 308 CPPBA, lo que implica el previo ejercicio del derecho a ser oído por el imputado. Frente a su solicitud el Juez de Garantías puede resolver, siempre por auto fundado: 1) admitiéndola (art. 158 CPPBA); 2) ordenando una medida alternativa (art. 159 CPPBA); 3) desestimándola por: 3.1) falta de mérito (art. 320 CPPBA), 3.2) concurrencia de los presupuestos para conceder la excarcelación (arts 169 o 170 y 157 inc. 4 “*a contrario sensu*” CPPBA).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos regula la transitoriedad cautelar (relacionada con la proporcionalidad, ver Lección 28) y la del proceso. Para el primer caso el art. 7 inciso 5 dispone “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*”. En sentido general, es decir, referido al proceso, el art. 8 inciso 2 apartado 1 dispone que “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”. En su inciso 2 apartado h) del art. 8 la Convención prevé el derecho “*...de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”, imponiendo el preestablecimiento, en los digestos procesales, de la revisión del fallo, como estadio mínimo de transición.

La Ley Nacional 24.390 dispone en su art. 1 que “*La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor*”, añadiendo el art. 2 que “*Los plazos previstos en el artículo precedente no se computarán a los efectos de esta ley, cuando los mismos se cumplieren después de haberse dictado sentencia condenatoria, aunque la misma no se encontrare firme*”. El art. 10 de la mencionada ley dispone “*La presente ley es reglamentaria del artículo 7°, punto 5°, de la Convención Americana*

sobre Derechos Humanos e integra el Código Procesal Penal de la Nación”. La ley en comentario fue muy polémica porque reglaba un cómputo de la prisión preventiva para el caso de condena a pena de prisión, convirtiendo dos días de pena por uno de encarcelamiento cautelar a partir de los dos años de privación de libertad (conocida como 2x1). Esa disposición se derogó, readquiriendo vigencia el digesto penal en el que el cómputo frente a la pena de prisión es de un día por cada día de encarcelamiento cautelar (1x1), sin distinción de tiempo. De este modo, la ley reglamentaria de una disposición de la Convención se dirige a regular el término de la prisión preventiva y no el de duración del proceso.

El CPPBA ha sufrido modificaciones que alteraron su filosofía original (pretendidamente limitada a los dos años, con posibilidad de prórroga por un año más). El art. 141 del Código Procesal dispone que *“Si el imputado estuviese privado de su libertad, serán fatales los términos que se establezcan para completar la investigación preparatoria y la duración total del proceso, el cual no podrá durar más de dos (2) años. - En un caso de suma complejidad, deberá estarse al plazo razonable del artículo 2º de éste Código, sujeto a la apreciación judicial. - Si se diera acumulación de procesos por conexión, los términos fatales previstos correrán separadamente para cada causa a partir de la respectiva acumulación. - En ningún caso se computará para los términos fatales el tiempo de diligenciamiento de pruebas fuera de la circunscripción judicial, ni el de los incidentes, ni los recursos”*. La remisión al art. 2 del CPPBA deja al arbitrio judicial la apreciación del “plazo razonable”, en sintonía con los criterios judiciales dominantes. La investigación penal –no ya todo el procedimiento– está sujeta a plazos. Si se trata de una investigación común el término es de 4 meses *desde la detención o de la declaración del imputado prevista en el art. 308 (CPPBA, 282)*. Antes de esos actos no comienza el término. Se puede prorrogar por 2 meses y en casos sumamente complejos por hasta 6 meses en total. Si vence el término “el Juez de Garantías requerirá del Fiscal General la sustitución de aquél, debiendo tomar intervención un nuevo Agente Fiscal que completará la etapa preparatoria en un plazo de dos (2) meses” (CPPBA, 283). Tratándose de un procedimiento investigativo para la flagrancia el plazo es de 20 días desde la aprehensión, prorrogable por otros 20 mediante decisión, en este caso, del Juez de Garantías (CPPBA, 284 quater). En materia de derechos individuales el inc. 11 del art. 169 del CPPBA (relativo a la excarcelación) prevé *“El Juez o Tribunal considerase que la prisión preventiva excede el plazo razonable a que se refiere el artículo 7º inciso 5) de la Convención Americana de Derechos Humanos en los términos de su vigencia, teniendo en cuenta la gravedad del delito, la pena probable y la complejidad del proceso...”*.

#### La detención por condena no firme:

El art. 371 CPPBA que regula el Veredicto, dispone en sus párrafos finales las consecuencias que puede aparejar la decisión en orden a la libertad del imputado. Tratándose de un veredicto absolutorio, si el imputado se encuentra

privado de su libertad, ésta debe recuperarse inmediatamente, cesando las restricciones o incluso las medidas de seguridad de orden cautelar. Pero “*Cuando el veredicto fuere condenatorio y correspondiere la imposición de una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento, el Tribunal podrá disponer una medida de coerción, agravar la aplicada o aumentar las condiciones a que se encuentre sometida la libertad del imputado; aún cuando el fallo no se hallare firme y en proporción al aumento verificado de peligro cierto de frustración del proceso*”. Esa potestad alcanza también, y con efecto devolutivo, la revocación de la excarcelación concedida “*En tal caso el Juez Correccional o el Tribunal, en incidente por separado, dispondrá su inmediata detención, que tendrá fundamento en las consideraciones vertidas en el veredicto, en relación a las cuestiones mencionadas en los números 1, 2 y 3 del artículo 371 de éste Código, y que sólo podrá ser revisada conjuntamente con la sentencia aludida en el primer párrafo de este inciso*” (CPPBA, 189).

El dictado de una medida de coerción supondría la existencia de verosimilitud ya que el veredicto condenatorio implica haber alcanzado *certeza positiva* por el órgano de juzgamiento. La situación se circunscribe al *periculum in mora*, es decir a la reconsideración de la *peligrosidad procesal*. Es una situación altamente conflictiva que no debe quedar librada al arbitrio judicial y menos a las presiones sociales. La regla de la libertad debe mantenerse en especial porque la garantía de doble instancia o de revisión del fallo condenatorio extiende el status de inocencia hasta la revisión de la decisión del órgano de juzgamiento (se trate de un modelo de primera o de única instancia). Sin embargo, la naturaleza y extensión de la pena no firme impuesta, sumada la conducta procesal del imputado que no revele sometimiento o indique elusión, así como otras circunstancias que conduzcan a un riesgo cierto de frustración del eventual cumplimiento de pena podrán habilitar el dictado de una medida cautelar de coerción personal, siempre que, además, ésta no pueda evitarse con soluciones alternativas u obligaciones que posibiliten la eficacia del proceso y de la sentencia. El órgano de juzgamiento debe explicar sencilla pero claramente las razones que más allá de la mera imposición de una pena no firme, han modificado la situación procesal del imputado y, al mismo tiempo, las que excluyen las alternativas a una privación de libertad cautelar.

### **Las restricciones a la libertad por autoridad policial o por el Ministerio Público:**

*La citación, la toma de huellas y la inclusión en el registro de antecedentes:*

Son medidas que restringen la libertad en su acepción amplia. La citación (CPPBA, art. 150) consiste en la convocatoria a comparecer en día y hora determinados ante las autoridades, policiales o judiciales, para practicar un acto procedimental determinado. En el caso del imputado la citación conlleva

el traslado y comparendo libre y voluntario, pero el caso de no comparecer sin motivo atendible el reo se somete a otras medidas de compulsión. De modo que su participación es ciertamente imperativa o, cuanto menos, sometida a consecuencias adversas a su libertad ambulatoria. Por ende, media una restricción a su libertad. En estos casos la citación debe ser legítima porque conlleva menoscabo a la libertad. De igual modo la toma de muestras dactiloscópicas –dactilares y palmares- y el ingreso a los registros de antecedentes constituyen restricciones a la libertad y por lo tanto, de igual modo, deben ser legítimas. A eso se añade la consideración de datos sensibles y su manipulación que pueden conducir a una estigmatización o discriminación de las personas. Insistimos, entonces, que las medidas deben ser legítimas. Serán legítimas las tomas de huellas y el ingreso a bases estadísticas o registros si media, al menos, una citación válida del Ministerio Público a audiencia en calidad de imputado (art. 338, párrafo cuarto, CPPBA), acto que supone un mérito de los elementos de convicción y un pronunciamiento de un órgano público que vincula formalmente a una persona con una investigación penal. Sin ese mérito mínimo toda diligencia tendiente a la inserción de datos en un registro de antecedentes será meramente discrecional e ilegítima, quedando habilitada la persona afectada para oponerse, incluso mediante una petición de hábeas corpus.

#### Comparendo compulsivo:

Previsto en el art. 150 CPPBA, consiste en la restricción de la libertad ambulatoria a efectos de conducir a una persona, en día y hora determinados, ante una autoridad policial o judicial para llevar adelante un acto procedimental. Se agota una vez que la persona arriba al lugar de la convocatoria, aunque puede extenderse el tiempo razonable y necesario para posibilitar la producción del acto, cuando menos durante la intervención necesaria que la ley imponga.

#### Averiguación de antecedentes (“A.A.” o “doble A”):

Es una medida de restricción a la libertad ambulatoria que puede disponer el personal policial por hasta 12 horas, conduciendo a la persona a la dependencia policial. Su finalidad es verificar la identidad o la existencia de órdenes de restricción a la libertad, como la captura. La Lp 13483 conocida como “Ley de unificación de las normas de organización de las policías de la provincia de Buenos Aires” dispone en su art. 15 “*El personal policial está facultado para limitar la libertad de las personas únicamente en los siguientes casos: a) En cumplimiento de orden emanada de autoridad judicial competente. b) Cuando se trate de alguno de los supuestos prescriptos por el Código Procesal Penal o la ley contravencional de aplicación al caso. c) Cuando sea necesario conocer su identidad, en circunstancias que razonablemente lo justifiquen, y se niega a identificarse o no tiene la documentación que la acredita.*

*Tales privaciones de libertad deberán ser notificadas inmediatamente a la autoridad judicial competente y no podrán durar más del tiempo estrictamen-*

*te necesario, el que no podrá exceder el término de doce (12) horas. Finalizado este plazo, en todo caso la persona detenida deberá ser puesta en libertad y, cuando corresponda, a disposición de la autoridad judicial competente”. El art. 16 prevé “Cualquier privación de la libertad de las personas deberá practicarse de forma que no perjudique al detenido en su integridad física, honor, dignidad y patrimonio.- Toda persona privada de su libertad debe ser informada por el personal policial responsable de su detención, inmediatamente y en forma que le sea comprensible la razón concreta de la privación de su libertad, así como de los derechos que le asisten: a) A guardar silencio, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. b) A no manifestarse contra sí mismo y a no confesarse culpable. c) A comunicarse en forma inmediata con un familiar o allegado, a fin de informarle el hecho de su detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. d) A designar un abogado y a solicitar su presencia inmediata para su asistencia en diligencias policiales y/o judiciales que correspondieren. e) A que se realice un reconocimiento médico que verifique su estado psicofísico al momento de la privación de su libertad y, en su caso, a recibir en forma inmediata asistencia médica si fuese necesario.- Si la persona privada de su libertad fuere un menor de edad o un incapacitado, la autoridad policial bajo cuya custodia se encuentre deberá notificar en forma inmediata las circunstancias de la detención y lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o guarda de hecho del mismo y, si ello no fuera posible, lo informará inmediatamente al Ministerio Público”. Asimismo el art. 17 prohíbe el alojamiento de menores en dependencias de la policía provincial. También prohíbe al personal policial realizar detenciones de menores motivadas por razones asistenciales, salvo las dispuestas por orden escrita de Juez competente.*

#### Arresto:

Constituye una privación a la libertad de una o varias personas que se hallaren en el lugar del hecho (o que aparenta serlo), en el primer momento de la investigación, siempre que no se pueda determinar si se trata de testigos o posibles partícipes de un delito, mediando peligro para el éxito de la pesquisa. Preventivamente, para dilucidar esa cuestión, la ley autoriza el arresto en un lapso muy restringido. La medida se puede cumplir en el mismo lugar, impidiéndoles retirarse y comunicarse entre sí o incluso en el asiento de la dependencia policial, al que serán trasladados. El art. 149 CPPBA autoriza al Ministerio Público a disponerla y el art. 298 incs. 2 y 6 CPPBA hace lo propio con el personal policial. El arresto está sujeto a inmediata revisión del Juez de Garantías.

#### Aprehensión:

Es concebida como una detención sin orden y procede por disposición verbal e informal del personal policial, del Ministerio Público o excepcionalmente de un particular que actúa como autoridad. Es una restricción a la libertad fundada en razones de urgencia. En especial procede por flagrancia. Dispone el

art. 153 CPPBA “*Los funcionarios y auxiliares de la Policía a instancia propia o del Fiscal, deberá aprehender: 1.- A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública sancionado con pena privativa de libertad. 2.- Al que fugare, estando legalmente detenido. 3.- Cuando en el supuesto del artículo 151, se tratare de una situación de urgencia y hubiere peligro de que con la demora el imputado eluda la acción de la justicia. Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, en el acto será informado quien pueda promoverla. Si no presentare la denuncia inmediatamente, el aprehendido será puesto en libertad*”. Existe flagrancia “*cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito*” (CPPBA, 154). Los particulares pueden aprehender en los supuestos de los incisos 1 y 2 del art. 153 CPPBA.

El aprehendido será alojado en dependencia policial, comunicándose la medida inmediatamente al Fiscal, Juez de Garantías y Defensor Oficial en turno. La Fiscalía debe fijar audiencia en los términos del art. 308 CPPBA dentro del plazo de 24 hs. desde que la aprehensión tuvo lugar, prorrogable por razones fundadas o a pedido del imputado para designar defensor. Salvo en el procedimiento investigativo denominado “Procedimiento en caso de flagrancia” que la aprehensión tiene un plazo de 48 hs. (CPPBA, 284 ter), la ley no ha dispuesto un término de vigencia máximo. Ese plazo es razonable para computar la legitimidad de la medida. En caso que la Fiscalía requiera el mantenimiento de la privación de libertad debe solicitar al Juez de Garantías el dictado de la detención, mediante petición fundada. De lo contrario debe disponer la libertad del reo.

#### Incomunicación:

Constituye un agravamiento de la restricción a la libertad cuyo propósito es impedir al imputado comunicarse con terceras personas. Sin embargo, podrá comunicarse con su defensor en forma privada inmediatamente antes de comenzar la audiencia del art. 308 CPPBA o antes del acto que requiera su intervención personal. La dispone el Fiscal por hasta 48 hs. y es prorrogable por igual término por el Juez de Garantías mediante resolución fundada y petición del Ministerio Público Fiscal (art. 152 CPPBA).

#### **Medidas aseguradoras de la libertad (preventivas, reparadoras o morigeradas)**

En el complejo esquema de nuestros digestos procesales se entremezclan diversos instrumentos que aparecen destinados a la preservación, recuperación o morigeración de la libertad ambulatoria pero que difieren en su naturaleza y fundamento, de modo que debe atenderse muy especialmente a estas cualidades para comprender adecuadamente su funcionamiento.

Al menos pedagógicamente es conveniente (sino necesario) distinguir una privación de libertad legítima y aquella no lo es o que resulta repugnante al régimen jurídico vigente o reposa en el manifiesto capricho o subjetividad de la autoridad que la dispuso.

En palabras más simples: *si la medida de privación de libertad es procedente en el caso considerando su dictado y su preservación, emana de autoridad competente y encuentra el fundamento que exige el régimen jurídico vigente en su integridad; o si por el contrario, no reúne esas condiciones.*

Tratándose de una privación de libertad que reúne las condiciones enunciadas en la primera parte del enunciado anterior, las medidas dirigidas a tutelar la libertad podrán ser de dos tipos: a) Libertades Caucionadas; b) Alternativas o morigeraciones a la prisión preventiva.

En los supuestos de ilegitimidad o arbitrariedad se erigen los mecanismos procesales: a) el Hábeas Corpus; b) el cese de la medida de coerción.

Trataremos seguidamente cada uno de estos.

#### 1) *Libertades caucionadas:*

Constituyen una garantía de preservación de la libertad ambulatoria sometida a caución y ciertas obligaciones mínimas o especiales que el Juez competente dispone como condición de su mantenimiento. Proceden cuando *la peligrosidad procesal* es inexistente o mínima. Por ende, su procedencia implica la ilegitimidad de una prisión preventiva que se pretenda dictar en el caso. En algunos supuestos la ley presume *iuris tantum* la inexistencia o reducción a la mínima expresión de la peligrosidad procesal, por ejemplo considerando la escala penal del delito imputado, tanto en su máximo como en su mínimo. En este último caso, en relación con la posibilidad de una pena de ejecución condicional. También considera la proporcionalidad que pueda reevaluarse por el tiempo cumplido y la pena en expectativa pero sin llegar a coincidir, porque en un caso así se tratará de un cese de la medida y no de una libertad caucionada. Debe finalmente considerar avatares del procedimiento de los que puedan resultar pronunciamientos desvinculantes o que permitan pronosticar, en caso de condena, una pena de ejecución condicional. De modo que no se trata de una aplicación estática sino dinámica del instituto. En otros casos la ley presume *iuris tantum* la existencia de la peligrosidad procesal, por ejemplo frente a ilícitos con penas graves. Sin embargo, debe posibilitar que el imputado demuestre, de modo extraordinario, que su situación procesal encuadra en los supuestos que habilitan la protección de su libertad. Las leyes, y la bonaerense en particular, no son del todo sigilosas en atenerse a estos postulados que hacen a la coherencia del sistema de restricciones a la libertad con nuestra Constitución. Pero esto no debe impedir la consideración de su correcta vigencia que habrá de motivar a los Jueces a su aplicación, incluso contra los textos que coyunturalmente puedan emanar de la

legislación, en ocasiones forjada como respuesta política a los reclamos por inseguridad.

Las libertades caucionadas son de tres tipos: a) anticipatorias: eximición de prisión; b) reparatorias: b) excarcelación; c) excarcelación extraordinaria.

Las cauciones posibles son la juratoria, real y personal. Las obligaciones mínimas a imponer son las previstas en el art. 179 CPPBA que reza “*El excarcelado bajo cualquiera de las cauciones previstas en este capítulo, se comprometerá a presentarse siempre que sea llamado por disposición del órgano interviniente, a cuyo efecto constituirá domicilio especial dentro del territorio de la Provincia, en el que se practicarán las notificaciones y emplazamientos. Manifestará en el mismo acto cual es su domicilio real, del que no podrá ausentarse por más de veinticuatro (24) horas sin conocimiento ni autorización previa, debiendo denunciar las circunstancias que puedan imponerle una ausencia del domicilio por un término mayor*”. Las obligaciones especiales surgen del art. 180 CPPBA, norma meramente enunciativa “*Sin perjuicio de las obligaciones generales establecidas en el artículo anterior, en el acto de excarcelación, se podrá imponer al excarcelado, como condición de su libertad provisoria, el cumplimiento de obligaciones especiales, como la comparecencia al Juzgado o Tribunal o a la dependencia policial más próxima a su residencia en días señalados, y la prohibición de presentarse a determinados sitios u otras obligaciones y prohibiciones similares, según la naturaleza de la causa y en tanto no afecten el derecho de defensa en juicio*”.

### 1.1.Eximición de prisión:

Se trata de la libertad caucionada anticipada o anticipatoria solicitada y obtenida antes de que se efectivice una orden de detención o una privación de libertad sin orden como la aprehensión. Requiere que la persona a favor de quien se solicita no se encuentre privada de libertad, aun cuando se haya emitido una orden para esto. La petición de la eximición de prisión no genera ninguna inmunidad a la detención, ni la suspende ni impide. Por ende, si la persona a cuyo favor se solicita es detenida antes de que el Juez la resuelva la misma habrá decaído como tal, pero el Magistrado debería convertir la petición, *de oficio*, de una solicitud de excarcelación, tratándola como tal. La inmunidad se genera cuando el Magistrado la acuerda. El art. 185 CPPBA dispone “*Toda persona que se considere imputada en un delito en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre, podrá por sí o por terceros solicitar al órgano competente que entienda en el proceso su eximición de prisión.- Dicha petición tramitará en incidente separado, y deberá resolverse en el término de tres (3) días*”. Procede cuando es admisible la excarcelación y por ende “*El órgano judicial interviniente deberá calificar el o los hechos imputados y determinar si con arreglo a dicha estimación es procedente la excarcelación ordinaria y por ende la eximición de prisión requerida, lo cual se notificará personalmente a*

la persona en cuyo favor se dedujo, sea quién fuere el peticionante del beneficio” (art. 186 CPPBA). Es competente el Juez de Garantías que interviene en la IPP o si desconoce quien se encuentre de turno (art. 187 CPPBA). Se revoca cuando: “1.- el eximido de prisión, notificado de la concesión del beneficio, no concurriera en el término de cinco (5) días a formalizar el acta y a satisfacer la caución exigida, término durante el cual no podrá efectivizarse la detención...” o concurran los supuestos de revocación de la excarcelación (art. 190 CPPBA).

En el Código Procesal Penal de la nación se la conoce como exención de prisión.

## 1.2. Excarcelación:

La excarcelación constituye el paradigma de la garantía a la libertad ambulatoria y procede cuando:

“1.- El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo no supere los ocho (8) años de prisión o reclusión;

2.- En el caso de concurso real, la pena aplicable al mismo no supere los (8) ocho años de prisión o reclusión.

3.- El máximo de la pena fuere mayor a ocho (8) años, pero de las circunstancias del o los hechos y de las características y antecedentes personales del procesado resultare probable que pueda aplicársele condena de ejecución condicional

4.- Hubiere sido sobreseído por resolución no firme.

5.- Hubiere agotado en detención o prisión preventiva que según el Código Penal fuere computable para el cumplimiento de la pena, el máximo de la pena prevista para el delito tipificado, conforme a la calificación de requerimiento de citación a juicio del artículo 334 de este Código.

6.- Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio, estuviere en condiciones de obtener en caso de condena, la libertad condicional o libertad asistida.

7.- Según la calificación sustentada en el requerimiento de la citación a juicio que a primera vista resulte adecuado pueda corresponder condena de ejecución condicional.

8.- La sentencia no firme sea absolutoria o imponga condena de ejecución condicional.

9.- Hubiere agotado en prisión preventiva la condena impuesta por sentencia no firme.

10.- La sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional o libertad asistida y concurran las demás condiciones

necesarias para acordarla.

11.- *El Juez o Tribunal considerase que la prisión preventiva excede el plazo razonable a que se refiere el artículo 7° inciso 5) de la Convención Americana de Derechos Humanos en los términos de su vigencia, teniendo en cuenta la gravedad del delito, la pena probable y la complejidad del proceso.*

*En los casos de delitos cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de armas de fuego, o con la intervención de menores de dieciocho (18) años de edad, la excarcelación y la eximición de prisión se resolverán teniendo en cuenta la escala resultante de la aplicación de los artículos 41 bis y quater del Código Penal.*

*En el acto de prestar la caución que correspondiere, el imputado deberá asumir las obligaciones que se le impusieron aludidas en los artículos 179 y 180 de este Código.*

*El auto que dispuso la libertad será revocado, cuando el imputado no cumpla con las reglas que se le impusieron, surja evidencia de que trata de eludir la acción de la justicia o no compareciere al llamado judicial sin causa justificada”.*

El art. 171 CPPBA dispone “*En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148°”.*

La petición tramita por incidente, de oficio o a petición de parte (CPPBA, 172) alcanza a todos los imputados aunque se solicite respuesta de algunos, salvo petición en contrario por el interesado o que se trate de una excarcelación extraordinaria (CPPBA, 173) y se resuelve en el término de cinco días si no se ha dictado aún la prisión preventiva. Para resolver el Juez solicitará informes de antecedentes al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y, eventualmente, a la Jefatura de Policía Provincial o Ministerio de Seguridad provincial. Pero “*Si vencido el término del artículo 178 no se tuviere información cierta de los antecedentes del detenido, podrá resolverse la excarcelación como si no los tuviera, sin perjuicio de lo dispuesto para su revocación”.* (CPPBA, 176). El informe de antecedentes deberá ser evacuado dentro de las 24 hs. de remitidas las fichas dactiloscópicas o la petición nominativa -que es la que generalmente se requiere por su celeridad-, pudiendo correr con su diligenciamiento los defensores o incluso los familiares del imputado (CPPBA, 178).

### 1.3.) Excarcelación extraordinaria:

Procede “*En los casos que conforme a las previsiones de los incisos 1) y 2) del artículo anterior no correspondiere la excarcelación, podrá ser concedida de oficio o a pedido de parte cuando por la objetiva valoración de las caracte-*

*rísticas del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia.- En estos casos el órgano interviniente podrá, de acuerdo a las circunstancias y a la personalidad del detenido, someterlo al cumplimiento de reglas especiales de vigilancia y/o cuidado asistencial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 180.- La excarcelación prevista por este artículo sólo podrá concederse mediante resolución fundada y se efectivizará cuando el auto que la conceda quede firme”.*

## 2) Alternativas y morigeraciones a la prisión preventiva:

Constituyen atenuaciones a la prisión preventiva porque suponen *peligrosidad procesal* (por ende es procedente la prisión preventiva y no la excarcelación) pero limitada, pudiendo alcanzarse la protección cautelar requerida mediante una medida menos gravosa para la persona afectada. La alternativa procede al momento del dictado de la prisión preventiva, oportunidad en la que el Juez de Garantías opta por aquélla. La morigeración de la prisión preventiva presupone su dictado.

La alternativa procede “*Cuando se tratare de imputados mayores de setenta (70) años, o que padecieren una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se tratare de un mujer en estado de gravidez o con hijos menores de cinco (5) años y siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias.- El imputado según los casos, deberá respetar los límites impuestos, ya sea referidos a una vivienda, o a una zona o región, como así las condiciones que se hubieran estimado necesarias, las que se le deberán notificar debidamente, como así también que su incumplimiento hará cesar la alternativa”.* “Entre otras alternativas, aún de oficio y con fundamento suficiente, podrá disponerse la libertad del imputado sujeta a una o varias de las condiciones siguientes, de acuerdo a las circunstancias del caso:

- 1.- La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, quién informará periódicamente a la autoridad.*
- 2.- La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe.*
- 3.- La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas.*
- 4.- La prestación de una caución patrimonial por el propio imputado o*

*por otra persona.*

5.- *La simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal, cuando con ésta bastara como alternativa o fuere imposible el cumplimiento de otra.*

6.- *La prohibición de concurrir a todo tipo de espectáculos deportivos de la misma especie, cuando en el proceso se investigue la probable comisión de alguno de los delitos previstos en la Ley Nacional 23184 o cualquier otro delito tipificado en el Código Penal suscitado con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo en los términos de la citada Ley. La medida se hará extensiva hasta un radio de quinientos (500) metros a la redonda del estadio o predio en el que se desarrolle la práctica deportiva, mientras dure la misma, sus preparativos y desconcentración” (CPPBA, 160).*

La morigeración procede “En los mismos casos del artículo 159...” (CPPBA, 163) y excepcionalmente (sic) “*previa vista al fiscal, cuando la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, permita presumir que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio puede evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado. La resolución que impusiere la morigeración o denegare la misma, será recurrible por apelación.- La atenuación de la medida de coerción se hará efectiva cuando el auto que la conceda quede firme.*

*Con suficiente fundamento y consentimiento del imputado, podrá imponerle:*

1.- *Su prisión domiciliaria con el control o la vigilancia que se especifique.*

2.- *Su encarcelamiento con salida diaria laboral y/o salida periódica para afianzar vínculos familiares, bajo la responsabilidad y cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre periódicos informes.*

3.- *Su ingreso en una institución educadora o terapéutica, pública o privada, que sirva a la personalización del internado en ella”.*

### 3) Cese de la medida de coerción:

Las medidas de coerción deben reevaluarse periódicamente. Es una exigencia que emerge de la *proporcionalidad* que es una de sus condiciones inherentes para que no se transforme en un anticipo de pena. Empero también pueden surgir nuevas evidencias que modifiquen los elementos que la motivaron, en especial durante el estadio investigativo o en el desarrollo del juicio, tornando inmotivado su mantenimiento. En estos casos se impone el cese de la medida de coerción impidiendo que subsista una medida de coerción que habiéndose ges-

tado legítimamente continuará de modo ilegítimo. El art. 147 CPPBA dispone “En caso de advertirse la desaparición de una o más condiciones, en cualquier etapa del proceso, el órgano judicial podrá disponer a pedido de parte o de oficio, el cese inmediato de la cautela oportunamente dispuesta...”. Finalmente, la *falta de mérito* (art. 320 CPPBA) es una forma de cese de la detención por ausencia de elementos de convicción para su conversión en prisión preventiva. En el digesto nacional la *falta de mérito* constituye un pronunciamiento del Juez de Instrucción que implica la ausencia de elementos suficientes para procesar (auto de procesamiento) o sobreseer (auto de sobreseimiento), paralizándose la persecución en relación con el imputado hasta tanto aparezca nuevos elementos que posibiliten el dictado de alguno de estos dos pronunciamiento o se produzca la *extinción de la acción penal por prescripción*. En provincia de Buenos Aires la *falta de mérito* constituye una decisión del Juez de Garantías relacionada con la libertad del imputado.

#### 4) *Hábeas corpus*:

Joaquín V. González ya había escrito sobre el Hábeas Corpus<sup>200</sup>, con una Constitución Nacional que originalmente no la reguló, al menos de modo expreso. El hábeas corpus ha sido conceptualizado como una garantía, como un derecho, como una petición, como un procedimiento, como un recurso, etc., etc. La Corte Suprema de Justicia Nacional tuvo innumerables oportunidades para pronunciarse sobre Hábeas Corpus. Una petición de hábeas corpus, articulada como instrumento expedito e informal para la tutela de derechos individuales, en el caso que se comenta relacionados con la libertad de imprenta y el derecho de trabajar, derivó en el reconocimiento por parte de la Corte Suprema del *amparo*. Se trata del memorable precedente “Siri, Angel” del 27 de Diciembre de 1957 (Fallos 239:459). Por mayoría dijo el Címero Tribunal “*El escrito de fs. 1 solo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la Const. Nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción.- Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente; las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales solo son requeridas para establecer ‘en que casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación’, con dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: ‘No son, como puede creerse, las “declaraciones, derechos y garantías”, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen*

<sup>200</sup> En su Manual de la Constitución Argentina, Angel Estrada y Cía. Editores, Argentina, 1897, nro. 174.

poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente dentro de la Nación Argentina'. (Manual de la Constitución Argentina, en "Obras completas", vol. III, Bs. As., 1935, n° 82; cfr., además n° 89 y 90).- Que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta Fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus. (Fallos, 168:15; 169:103 y los posteriores). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas". El amparo como instrumento de tutela de derechos individuales frente a acciones y omisiones manifiestamente ilegítimas o arbitrarias fue reafirmado y hasta clarificado en el precedente "Samuel Kot S. R. L. s/habeas corpus" (CSJN, Fallos, 241:291; del 5 de septiembre de 1958). Traemos a colación estos precedentes relacionados con el *amparo*, porque demuestran el carácter excepcional y fundamental de tutela judicial del hábeas corpus que había sido articulado para la salvaguarda de derechos individuales, procurando sortear la doctrina de la Corte hasta entonces sentada, que indicaba que salvo el derecho a la libertad ambulatoria –que se tutela a través del hábeas corpus- la vigencia o el restablecimiento de los demás derechos debían ser reclamados por las vías ordinarias. Era necesario, entonces, articular el hábeas corpus, lo que evidencia su celeridad e importancia. Hasta la reforma constitucional de 1994 la doctrina, constitucionalista y procesalista, se dividía entre quienes consideraban al instituto regulado implícitamente por la Carta Magna y quienes no. El debate tuvo la impronta de la reforma constitucional de 1949 que lo incorporó, pero sólo hasta la ulterior modificación de 1957 que la derogó.

Antes de considerar y pronunciarnos por su naturaleza jurídica, teniendo en cuenta los diferentes criterios reseñados unos párrafos antes, es dable efectuar un somero análisis de su evolución.

Se suelen enumerar antecedentes remotos como el interdicto *hominem libero exhibendo* del Derecho Romano, la *petición de manifestación* del Derecho Español y las Carta Magna de 1215 de Inglaterra. Todos presentan características convergentes, aunque –bueno es reconocerlo- en el derecho anglosajón, antes de la Carta Magna, el Hábeas corpus constituía una orden para traer una persona ante el Rey. De ahí entonces la expresión pueda traducirse como *traígase el*

*cuero* o expresión similar. El antecedente moderno directo cuyas expresiones se han mantenido a lo largo de siglos es el *Hábeas Corpus Act de 1679* del Derecho Inglés, donde se reconoce una garantía frente al avasallamiento ilegítimo o arbitrario del derecho a la libertad ambulatoria y se instrumenta una petición y procedimiento que propenden hacerla efectiva. El hábeas corpus fue receptado por la Ley 48 y posteriormente por la Ln 23098. Tanto el Código Procesal Penal bonaerense de Tomás Jofré (1915) como el actual, Lp 11922, lo regulan expresamente.

*Constitución Nacional. Hábeas corpus como acción expedita y rápida:*

La Constitución Nacional otorga al hábeas corpus la categoría de “acción expedita y rápida”, de carácter instrumental relacionado con el derecho de petición. Así surge del art. 43 CN. De esa misma naturaleza participan el amparo y el hábeas data.

*Los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional:*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra como “Derecho a la Justicia” la potestad de toda persona de ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en su perjuicio, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. 18). De igual modo la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone el *derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes*, para el amparo contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por las constituciones o *por la ley* (art. 8). La Convención Americana sobre Derechos Humanos avanza sobre la protección previendo el “derecho” a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que se decida, *sin demora*, sobre la legalidad de arresto o detención y ordene su libertad si fueran ilegales (art. 7 inc. 6) y añade “*En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona*”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé la prohibición a ser sometido a detención o prisión arbitrarias (art. 9 inc. 1) y exige, para ser privado de la libertad, que existan causas fijadas por la ley, con arreglo a los procedimientos establecidos por ésta (norma citada). A la prohibición le añade el derecho a recurrir ante un tribunal, en el menor tiempo posible para que decida sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la misma no reuniese esa calidad (art. 9 inc. 4), además de reconocer el derecho a la indemnización por la prisión o detención preventivas (art. 9 inc. 5).

*Constitución de la provincia Buenos Aires. Hábeas corpus como garantía:*

La Constitución provincial erige al Hábeas Corpus como una “garantía”. El art. 20 dispone “*Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales: 1- Toda persona que de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza en su libertad personal, podrá ejercer la garantía de Habeas Corpus recurriendo ante cualquier juez.- Igualmente se procederá en caso de agravamiento arbitrario de las condiciones de su detención legal o en el de desaparición forzada de personas. - La presentación no requerirá formalidad alguna y podrá realizarse por sí mismo o a través de terceros, aún sin mandato.- El juez con conocimiento de los hechos y de resultar procedente, hará cesar inmediatamente y dentro de las veinticuatro horas, la restricción, amenaza o agravamiento, aún durante la vigencia del estado de sitio. Incurrirá en falta grave el juez o funcionario que no cumpliera con las disposiciones precedentes...*”. La cláusula impone al Magistrado interviniente de lo siguiente: a) conocer lo hechos, de modo que frente a una petición incompleta o insuficiente tiene que imponerse de los antecedentes para resolver; b) cese inmediato de la medida o de su agravamiento, en caso de resultar procedente, y en todo caso, dentro de las 24 horas de solicitada. Ambas condiciones son impuestas como un deber cuyo incumplimiento acarreará falta grave, causal de destitución. Es importante tener en cuenta estas exigencias porque la ley procesal no las observará estrictamente, situación que deberá inclinar la balanza, sin duda alguna, por la disposición constitucional que es más efectiva para los derechos individuales. En especial porque la propia cláusula dispone en su parte final “*Todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretenden tutelar*”.

Nos encontramos en condiciones de abordar su naturaleza desde su aspecto teórico, más allá de las diversas normas que le han otorgado calidades y hasta esencias disímiles. Hábeas corpus constituye históricamente una garantía frente al avasallamiento arbitrario o ilegítimo, manifiestos, de la libertad ambulatoria. Esa garantía consiste en el irrestricto acceso a un Juez para que se imponga de los antecedentes del caso y de corresponder, con marcada brevedad, dicte una orden de hábeas corpus para el restablecimiento del derecho indebidamente afectado. La garantía, entonces, se materializa mediante el ejercicio de una *instancia* que conecta al ciudadano con la autoridad judicial. De modo que entre las Constituciones Nacional y Provincial no existen diferencias conceptuales desde el ángulo *ontológico*, porque ambas le reconocen la calidad de garantía, aunque se aprecien divergencias desde lo *gnoseológico* porque la primera lo hace a partir de su materialización. Es una garantía de vital importancia frente a los casos de desaparición de personas cuando se sospeche que obedece a la acción de órganos del Estado y frente al avasallamiento u hostigamiento por parte de esos órganos del Estado cuando la actividad es ilegítima o arbitraria. Sus presupuestos son: arbitrariedad o ilegalidad manifiestos de la medida, de la amenaza o del agrava-

miento de las condiciones de privación de libertad legal.

Pero el instituto ha tenido variantes, en especial al plantearse contra privaciones de libertad que emanan de órdenes judiciales. ¿Es procedente en estos casos?. La Corte Federal Norteamericana sostuvo por mayoría, que sí (v.gr. U.S., Supreme Court, *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443; 1953) “*A denial of certiorari by this Court (with no statement of reasons therefor) to review a decision of a state supreme court affirming a conviction in a criminal prosecution should be given no weight by a federal court in passing upon the same petitioner’s application for a writ of habeas corpus. (Opinion of MR. JUSTICE FRANKFURTER, stating the position of a majority of the Court on this point.) Pp. 344 U. S. 489-497*”. La Corte Argentina sostuvo que no procede (CSJN, “Altini”, Fallos: 68:316, del año 1897). Ese criterio, sin embargo, se vio sensiblemente morigerado con el hábeas corpus por agravamiento de las condiciones de detención legal, y muy particularmente con un memorable precedente originado por una petición colectiva de hábeas corpus por parte del CELS encabezado por el prestigioso periodista Horacio Verbitsky (CSJN, Fallos: 328:1146; Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus; publicado en L.L. 09-05-04, nro. 108.891, resumen del fallo. L.L. 31-05-05 (supl.), nro. 108.966, nota al fallo. L.L. 26-05-05, nro. 108.945, nota al fallo. L.L. 25-07-05 (supl.), nro. 109.192, notas al fallo. L.L. 31-08-05 (supl.), nro. 109.330, nota al fallo). La mayoría de la Corte, además de reconocer la viabilidad de la petición colectiva, en un pasaje memorable señala “61) *Que ya no hay controversias respecto a que el 75% de detenidos en la Provincia de Buenos Aires aun no tiene condena firme. Este hecho puede deberse a distintas razones: parálisis o colapso casi total del sistema judicial, aplicación generalizada a imputaciones por delitos de menor gravedad, etc. Se ha admitido en los autos que este fenómeno creció a partir de las reformas legislativas antes señaladas y cuya eventual inconstitucionalidad corresponderá analizar en caso de ser planteada y de verificarse que viola los estándares internacionales mínimos válidos para toda la Nación. No consta a esta Corte, si además se produce un uso discrecional muy extendido en las decisiones judiciales, pues es un dato aportado por el Poder Ejecutivo de la provincia y no controlable por este Tribunal. 62) Que el 75% de presos sin condena, en caso de no hallarse colapsado casi totalmente el sistema judicial, está indicando el uso de la prisión preventiva como pena corta privativa de la libertad, contra toda la opinión técnica mundial desde el siglo XIX a la fecha, pues fueron criticadas desde el primer congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, en el que se destacaba ya su inutilidad, desatando una cadena de opiniones condenatorias que fue casi unánime a lo largo de todo el siglo XX. Hace casi cincuenta años, en el segundo congreso de Naciones Unidas para la prevención del crimen y tratamiento del delincuente (Londres, 1960), si bien se sostuvo la imposibilidad de suprimirla, se recomendaron los llamados sustitutivos”. El Cívero Tribunal resolvió por mayoría “1. Declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. 2. Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de*

*las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención. 3. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos. 4. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal. 5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada. 6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia. 7. Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales. 8. Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curie, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados”.*

La posibilidad de deducir hábeas corpus contra decisiones judiciales derivó en su calificación de “recurso”, aun cuando estrictamente no sea instrumentado como tal.

El hábeas corpus puede ser reparador, preventivo o correctivo. El primero procura hacer cesar una restricción a la libertad ambulatoria (en sentido amplio) que está vigente. El segundo propende evitarla, haciendo cesar los actos de hostigamiento y el tercero se dirige al cese de los agravamientos ilegítimos o arbitrarios. Puede derivar de acción u omisión.

También se conocen los hábeas corpus por mora judicial y por retardo en el traslado de detenidos.

El CPPBA lo regula a partir de los arts. 405 y sgts. Dispone “*La petición de Hábeas Corpus procederá contra toda acción u omisión que, directa o indirectamente, de modo actual o inminente, en forma ilegal o arbitraria, causare cualquier tipo de restricción o amenaza a la libertad personal.- Especialmente procederá el Hábeas Corpus contra toda **orden de detención o prisión preventiva** que no respete las disposiciones constitucionales o aquellas que regulan la materia en este Código (artículo 144° y siguientes) o que no emane de autoridad competente. También corresponderá en caso de agravamiento de las condiciones de detención o en el de desaparición forzada de personas.- Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto y de las vías de impugnación ordinarias previstas en este Código, se considerará ilegal o arbitraria a los efectos de la procedencia del Hábeas Corpus toda **orden de detención o prisión preventiva** dictada: 1.- Cuando se pretenda imputar dos veces el mismo delito.- 2.- En contra de una persona que con relación al hecho imputado, se encuentre amparada por una ley de amnistía o de indulto. - 3.- En los casos en que “prima facie” aparece prescripta la acción o la pena.- 4.- En materia contravencional, cuando la ley no la autoriza.- 5.- Cuando proceda, en cualquier etapa del proceso, la excarcelación o la eximición de prisión y al imputado se le hubiere negado ese derecho.- 6.- En los casos en que se mantenga la privación de la libertad sin presentación o puesta a disposición de la autoridad judicial competente (artículos 155 y 161 de este Código)- El Hábeas Corpus contra el auto de prisión preventiva procederá hasta la iniciación de la audiencia de debate” ( Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 2749/04 de la Ley 13252). Es competente todo juez provincial (art. 406 CPPBA) salvo que se dirija contra una orden de detención, prisión preventiva u otra resolución dictada por un Juez o Tribunal en cuyo caso intervendrá la Cámara de Garantías departamental (norma citada).*

No requiere formalidades y se puede deducir por sí o por terceros sin necesidad de mandado. Aun cuando resulta conveniente otorgar la mayor cantidad de datos que posibiliten al Juez adoptar las medidas necesarias para su tratamiento y resolución. El Juez debe expedir una orden para que el autor de la medida informe por escrito en el plazo de hasta 12 hs. exponiendo “*las razones que fundaron la medida u acto atacados y, en su caso, las actuaciones labradas*” (art. 409 CPPBA). “*Cuando corresponda, se dictará orden de Habeas Corpus y se notificará al funcionario o particular a quién se dirige o aquél bajo cuya guarda o autoridad se encuentre la persona en favor de quién ha sido expedida.- Si se tratare de la privación de la libertad de una persona, el Organo Judicial interviniente ordenará que la autoridad requerida, en su caso, presente ante él de inmediato al detenido conjuntamente con el informe del artículo 409. En este caso deberá contener, por lo menos, el motivo en que se funda la medida, la forma y condiciones en que se cumple; si se ha obrado por orden escrita de autoridad competente, ésta deberá acompañarse. En caso de que el detenido hubiera sido puesto a disposición de otra autoridad, a quién, por qué causa y*

*en qué oportunidad se efectuó dicho acto.- Si se tratare de amenaza actual de privación de la libertad de una persona, se ordenará que la autoridad requerida presente el informe del artículo anterior.- Si se ignora la autoridad que detenta a la persona privada de su libertad o de la cual emana el acto denunciado como lesivo, el Organismo interviniente librará la orden a los superiores jerárquicos de la institución que la denuncia indique.- La orden se emitirá con expresión de fecha y hora, salvo que el Organismo interviniente o alguno de sus miembros consideren necesaria constituirse personalmente en el lugar donde se encuentre el restringido en su libertad. Podrá, en tal caso, emitirla oralmente, con constancia en acta” (art. 410 CPPBA).*

El órgano competente puede designar audiencia convocando a todos los interesados (art. 412 CPPBA), y hasta disponer la producción de pruebas. Los plazos dispuestos por la ley procesal, en especial en los casos de designación de audiencia no respetan los términos del art. 20 de la Constitución provincial antes considerada.

### **3.- Conclusiones: Crisis del sintagma “Peligrosidad Procesal”**

El concepto “peligrosidad procesal” que se invoca para motivar y justificar la prisión preventiva se ha edificado como una regla de carácter genérico y abstracto, adoptando la forma de *presunción legal* o incluso *judicial*. Esta derivación se advierte claramente cuando el fundamento invocado es el *riesgo de elusión del accionar de la justicia*.

El motivo genérico, abstracto y proposicional admite diferentes variantes, algunas más frecuentes que otras. Con mayor habitualidad la variante que se estila es la que deriva de la gravedad de la pena amenazada o de la modalidad de su ejecución (concretamente, efectivo cumplimiento).

Cuanto más grave es la amenaza de sanción mayor es el riesgo procesal, conforme esta proposición. Las normas procesales suelen coleccionarla y en tal caso se edifica como una presunción legal.

La ley presume que a partir de cierto hito temporal o frente a la imposibilidad de una condenación de ejecución condicional concurre el riesgo procesal que habilita la privación de libertad.

Esta presunción es inconstitucional. Constriñe el estado de inocencia y se desentiende de la situación real y concreta del imputado, la que reemplaza por una construcción ideal abstracta y genérica.

Las leyes parecen sanear esta observación con la posibilidad de prueba en contrario. Entonces la presunción es *iuris tantum*. Pero esta variable tiene varias objeciones constitucionales:

- a) Constituye una excepción y no la regla de quien goza de

estado de inocencia.

b) Invierte la carga de la prueba, ya que no es el Estado quien debe acreditar el peligro sino el reo quien debe demostrar lo contrario y no frente a un hecho sino a una presunción.

c) Deja al arbitrio judicial la valoración de la excepción mientras que la regla opera automáticamente.

Esta regla de construcción es dogmática y ha llevado a construcciones dirigidas a otorgarle un marco científico, marco que nunca tuvo. En ese sentido se ha dicho que la psique humana refleja que cuanto mayor es la amenaza de sanción mayor es la voluntad y esfuerzo dirigidos a eludirla. Por ende, mayor es el riesgo de elusión de la acción de la justicia.

Como he analizado con la problemática planteada en el precedente “Gramajo” (CSJN), se trata de una aseveración tan dogmática como la legal, que no se sostiene en ningún estudio serio realizado hasta la fecha. Pero además, una comprobación tan solo arrojaría guarismos entre dos universos: el de quienes eluden y el de quienes no lo hacen. Esto obliga a realizar un análisis concreto y específico del imputado para hacer la inferencia sobre a cuál universo pertenecería. Nuevamente se trata de una censura del modelo genérico actual que, como se advierte, cae por propio peso.

Privar de libertad cautelarmente sobre la sola circunstancia de la pena en expectativa conforma un adecuación de los límites del derecho a la libertad y del estado de inocencia en función de la imputación. Los límites, en consecuencia, son externos y se presentan por un acto que si bien es racional (la imputación lo es), revista las condiciones de conjetural, provisoria y unilateral, y depende, en última ratio de la subjetividad de quien imputada. No parece ser ésta la expresión adecuada de los confines del derecho a la libertad y del estado de inocencia.

Se suele invocar otra generalidad a partir del avance de estadios impugnativos cuando se cuenta con una sentencia condenatoria cuya pena es de cumplimiento efectivo. El dictado de una sentencia condenatoria con pena de cumplimiento efectivo ciertamente conforma una modificación de la situación procesal que debe evaluar si tiene o no implicancias en la conducta procesal, es decir si conforma o no riesgo de elusión de la justicia.

El dictado de una sentencia conforma sin dudas una potenciación del requisito de *verosimilitud en el derecho*, pero no conlleva –directamente- a una potenciación real del *peculurum in mora*.

De modo que es exigible, igualmente, un análisis concreto y específico sobre la existencia de un riesgo de elusión del accionar de la justicia. La sola invocación de la sentencia dictada es una generalidad que incurre en la censura ya analizada.

La variante que encuentra esta generalidad es la del transcurso de instancias sucesivas que agoten la garantía de la revisión amplia del art. 8.2.h CADH. Suele decirse como proposición apodíctica que a medida que se superan etapas recursivas se restringen las chances del imputado de revertir una sanción no firme. De esa limitación de chances se extrae, también con criterio general, el aumento de peligrosidad. Si bien el enunciado es en abstracto correcto, ya que la reducción de fases limita matemáticamente las opciones de reversión, también es cierto que una instancia basta para modificar el resultado de un proceso. Es decir, planteados en abstracto, ambos enunciados son correctos y se neutralizan. De modo que la evaluación en abstracto es, como se advierte una vez más, un incongruo.

La construcción del fundamento para privar de libertad cautelarmente requiere siempre de un análisis concreto y específico de la situación procesal del imputado de que se trate.

La prueba de las circunstancias específicas siempre recaerá sobre el Estado y será de probabilidad. Esa concurrencia naturalmente será evaluada, ahora sí, en función de otros aspectos generales, tales como la gravedad del hecho acriminado en función de la pena en expectativa. La posibilidad de que el reo demuestre lo contrario, revirtiendo la probabilidad del Estado debe recaer en las circunstancias concretas invocadas, nunca en las generales y abstractas.

La privación cautelar de libertad debe estar sometida a un término breve que podrá ser prorrogado, pero requerirá de la reevaluación periódica de la situación procesal del imputado.

Los postulados que cimientan a la peligrosidad procesal, su arquetipo, no han sido verificados empíricamente y carecen de sustentación científica, respondiendo a criterios o enunciados dogmáticos. La aplicación del estándar puede derivar en el vicio de la arbitrariedad sin que resulte posible, con los parámetros de la regla, distinguir estos defectos de las situaciones legítimas.

Los estándares convencionales enunciados por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en torno a la privación cautelar de la libertad convergen en la deconstrucción del concepto de peligrosidad procesal y exigen su reemplazo, posibilitando construcción del fundamento habilitante para la privación de libertad preventiva que encierra tres reglas: a) evaluación específica y concreta de las circunstancias justificantes; b) necesidad de la medida, frente a la cual se presenta inadecuada una alternativa, c) proporcionalidad y vencimiento en lapso breve, sujeto a prórroga en caso justificado.

## **Bibliografía**

AAVV (1975) Código Procesales Penales Argentinos, Concordados y anotados, Editora Platense, Levene (h), Ricardo, Director, La Plata.

- AAVV (1996), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Ibáñez Perfecto Andrés (editor), Trotta, Madrid.
- ABALOS, Raúl Washington (s/f), *Derecho Procesal Penal*, 2 tomos, ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Nicerto - Levene (h), Ricardo (1945), *Derecho Procesal Penal*, tomo II, editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2015), *Lecciones de Derecho Procesal adaptadas a la legislación procesal civil y penal de la provincia de Buenos Aires* por Gustavo Calvinho y Gabriel H. Di Giulio, Astrea, Buenos Aires.
- (2003), *El debido proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario.
- ALVAREZ GARDIOL, Ariel (1981), “El problema de los valores en el mundo del derecho”, *Revista de la Universidad Nacional de Rosario*, N° 1, junio 1981.
- (2000), *Manual de Filosofía del Derecho*, Juris, Rosario.
- (1981), *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Lerner, Buenos Aires.
- (1995), *Manual de Introducción al Derecho*, ed. Juris, 2da. Edición revisada, Rosario.
- BAUMANN, Jürgen (1986), *Derecho Procesal Penal, Introducción sobre la base de casos*. Buenos Aires, Depalma.
- BERTOLINO, Pedro J. (2000), *El Juez de Garantías. En el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Depalma, ciudad de Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1986), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar S.A., Bs.As.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto (1969), *Derecho Procesal*, tomos I y II, Cárdenas Editor y Distribuidor, México.
- CAFFERATA NORES, José (1994), *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Lerner.
- CARNELUTTI, Francesco (1961), *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea.
- (1950), *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires.
- (1990), *Metodología del Derecho*, Valletta ediciones, Buenos Aires.
- CARRIÓ, Alejandro D. (2000), *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 4ta. edición actualizada y ampliada, hammurabi, Buenos Aires.

- CIPRIANI, Franco (s/f), En el Centenario del Reglamento de Klein, El proceso civil entre libertad y autoridad, traducción: Adolfo Alvarado Velloso, Academia De Derecho y de Altos Estudios Judiciales, Biblioteca Derecho Procesal Garantista, Ideología de la Función Judicial, [www.academiadederecho.com](http://www.academiadederecho.com)
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1993), “Bases iusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- (1982/84) “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política” Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- (1998) “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- (2000) “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- (2003) “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia” n° 32 pág. 33 y ss.
- CLARIÁ OLMEDO (1998), Derecho Procesal Penal, 3 tomos actualizados, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- D’ALBORA, Francisco J. (1999), Código Procesal Penal de la Nación. Anotado-comentado-concordado, 4ta. Edición, corregida, ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- DE ELÍA, Carlos M. (1999), Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, 2da. edición, ampliada, librería “El Foro”, Buenos Aires.
- DI GIULIO, Gabriel Hernán (2010), “Inflación represiva y desórdenes en una ciencia resistida”, Revista de Derecho Penal, número 2010-2, págs. 383 y sgts.
- (2011) “Tensiones en un derecho penal bilateral: del delito, la pena y las víctimas”, publicado en la Revista Jurídica del Centro, Volúmen 2, año 2011, sitio [www.rjc.org.ar](http://www.rjc.org.ar)
- (2015) en Alvarado Velloso, Adolfo, Lecciones de Derecho Procesal adaptadas a la legislación procesal civil y penal de la provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvinho y Gabriel H. Di Giulio, Astrea, Buenos Aires.
- DONNA, Edgardo Alberto (1994), Código Procesal Penal, en colaboración con Maiza, María Cecilia, Astrea, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald (1988), El Imperio de la Justicia, Gedisa, Barcelona.
- ECHANDÍA, Devis (1987), Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de Procesos. Universidad, 2 edición (revisada y corregida), Buenos Ai-

res.

FOUCAULT, Michel (2002), *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión, siglo veintiuno editores*, Buenos Aires.

(2007), *La Verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, impreso en Buenos Aires.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1994), *El Estado Peligroso*, en *Problemas de Derecho Penal*, La Facultad, Rosario.

JOFRÉ, Tomás (1922), *El Código Penal de 1922*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires.

(1915) *El nuevo Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires*, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (1993), “Seguridad y Justicia” en JA “1993”-I, 813 y sgts.

LEDESMA, Julio (1973), *El Proceso Penal*, t. II, Pannedille, Buenos Aires.

MAIER, Julio B. J. (1981), *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Lerner, Buenos Aires.

(1989) *Derecho Procesal Penal Argentino*, tomo I, vol. b, hammurabi, segunda edición, Buenos Aires.

(1978) *Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal*, Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires.

MANIGOT, Marcelo (1983), *Código de Procedimientos en materia penal, anotado y comentado, Jurisprudencia Penal de Buenos Aires*, Buenos Aires.

MANZINI, Vincenzo (1931), *Tratatto di D.P. Penale Italiano*, t. I, Torino.

MIR PUIG, Santiago (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona.

MORELLO, Augusto M. (2005), *El nuevo horizonte del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

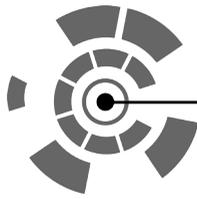
MORENO, Rodolfo (h) (1923), *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo III, H.A. Tommasi Editor, Buenos Aires.

ODERIGO, Mario (1982), *Lecciones de Derecho Procesal*, Depalma, Buenos Aires.

PAVARINI, Massimo (1988), *Control y dominación*, traducción de Roberto Bergalli, Siglo XXI, México.

RECASENS SICHES, Luis (1959), *Filosofía del Derecho*, editorial Porrúa, México.

- RITVO, Juan Bautista (2006), “Figuras del prójimo, El enemigo, el otro cuerpo, el huésped”, Letra Viva, Buenos Aires.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (2007), El contrato social, Gradifco, Buenos Aires.  
(2010), Ediciones Libertador, Buenos Aires.
- ROXIN, Claus (1972), Política criminal y sistema del derecho penal, traducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona.
- RUBIANES, Carlos (1985), Derecho Procesal Penal, Depalma, Buenos Aires.
- RUSCONI, Maximiliano A. (1995), Sistema del hecho punible y política criminal, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- SCIMÉ, Salvador Francisco (1986), Pena y Libertad. El fin de la pena como garantía de libertad, Pensamiento Jurídico editora, Buenos Aires.
- SUPERTI, Héctor (1998), Derecho Procesal Penal, Temas conflictivos, Juris, Rosario.
- TERRADILLOS, Juan (1981), Peligrosidad social y estado de derecho, Akal, Madrid.
- TRAVIESO, Juan Antonio (1993), Historia de los Derechos Humanos y Garantías, Análisis en la comunidad internacional y en la Argentina, Heliasta, São Paulo (Brasil).
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. (1997), Derecho Procesal Penal, 2 tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo (2005), Acción Resarcitoria, Lerner editora Córdoba, Córdoba.  
(1986), Derecho Procesal Penal, 3ra. Edición, 2da. reimpresión, actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1982), Criminología y Derecho, en Política Criminal Latinoamericana, Hammurabi, Buenos Aires.
- ZARINI, Helio Juan (1993), Análisis de la Constitución Nacional, 3º edición, 1º reimpresión, Astrea, Buenos Aires.





**Las I Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica se llevaron a cabo en la Facultad de Derecho (UNICEN) durante el 3 y 4 de mayo de 2018. 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 978-950-9516-38-0



9 789509 516380