

PERSONA, AUTONOMÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

Compiladores

Eduardo Lapenta - Guillermina Zabalza - Victoria Schiro

Coordinadores

Florencia Vazzano - Esteban Marmeto - Lucía Lapenta

IEJUS

Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales

PERSONA, AUTONOMÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

Compiladores

Eduardo Lapenta - Guillermina Zabalza - Victoria Schiro

Coordinadores

Florencia Vazzano - Esteban Marmeto - Lucía Lapenta

Persona, autonomía y teoría del derecho / Florencia Vazzano... [et al.]- 1a ed.- Azul :

Del Azul, 2020.

E-book - PDF

ISBN 978-950-9516-43-4

1. Autonomía. 2. Teoría General del Derecho. I. Vazzano, Florencia.

CDD 340.11



IEJUS (Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales)

Editorial Azul

www.editorialazul.com

info.editorialazul@gmail.com

Diseño de tapa e interiores: Antonella Scavuzzo

Corrección: Florencia Lafón

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

PERSONA, AUTONOMÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

ÍNDICE

<i>Palabras Preliminares</i>	9
<i>Facultad de Derecho en la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, por Miguel Ángel Ciuro Caldani.</i>	11

Capítulo I

La persona y su protección

<i>Construyendo la enseñanza del mundo jurídico desde la Teoría General del Derecho, por Florencia Vazzano y Guillermina Zabalza.</i>	17
<i>La protección de la persona y la prioridad entre iguales, por Alfredo Fernando Ronchetti y María Celeste Mayor</i>	25
<i>La igualdad como no-sometimiento como requisito para el pleno desarrollo de la Autonomía Personal, por Pedro Luis Arrouy</i>	37
<i>La dignidad humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones sobre técnica legislativa, por Beatriz Rodríguez Cracco y Lucía Lapenta</i>	47

Capítulo II

La protección de la persona en las diversas ramas del mundo jurídico

<i>El dilema y los límites en el sistema de Derecho Privado Argentino, por Noemí Lidia Nicolau</i>	57
<i>La protección de la persona como tarea actual del Derecho Privado. Una perspectiva desde la Teoría General del Derecho, por Daniela Bardel y Florencia Vazzano</i>	63
<i>Autonomía y protección de la persona humana en la Parte General del Derecho privado, por Esteban Hess, Esteban Louge Emiliozzi y Ezequiel Valicenti.</i>	73

<i>Derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. Su proyección en la Responsabilidad parental</i> , por Adriana Noemí Krasnow	89
<i>¿Es la pluriparentalidad contraria al interés superior del niño?</i> , por Esteban Marmeto y Juan José Maicá	107
<i>El derecho humano a vivir en familia y los derechos sociales desde una perspectiva crítica: de autonomías y vulnerabilidades</i> , por Martina Salituri Amezcua	119
<i>Protección especial de la infancia: autonomía personal y derechos económicos sociales y culturales</i> , por Gerardo Cerabona y Laura María Giosa	133
<i>La Compensación Económica. Su sentido, sus límites y sus posibilidades</i> , por María Florencia Calá, Guillermina Zabalza y María Victoria Schiro	143
<i>Violencia contra el colectivo LGTBI en los espacios públicos: aproximaciones para el estudio de la situación en América Latina</i> , por Camila Ormar y Mariana Brocca	159
<i>Democracia y Proceso Penal. Principios que inscriben el modelo y una teoría unificada</i> , por Gabriel Hernán Di Giulio	167
<i>Consideraciones sobre el empleo público</i> , por Eduardo Lapenta y Francisco Mariano Sabalua	181
<i>¿Qué exige hoy la protección jurídica del ambiente? El caso de los humedales</i> , por Paula Nosedá	203

Capítulo III

Otros horizontes sobre la protección de la persona

<i>De pueblo a persona: el pensamiento Savigniano a 180 años de “Sistema de Derecho Romano Actual”</i> , por Magdalena Magneres	211
<i>La marginalización de una mujer en el cuento “patrón” de Abelardo Castillo</i> , por María Silvina Delbueno	217

PALABRAS PRELIMINARES

La creación de una obra colectiva nos invita a profundizar las miradas individuales a través del constante diálogo de saberes que propone. En cada una de las líneas que suceden se puede contemplar el aporte desde las diferentes áreas disciplinares, abordándose una perspectiva macro de la persona y su desarrollo, para luego comenzar a desandar la protección de la persona en las diversas ramas del mundo jurídico. Pretende trascender la simplicidad para introducirse en la complejidad del mundo jurídico que exige nuevas respuestas.

Este “Ebook” se compone de tres capítulos, precedidos por las palabras preliminares, y por la disertación del Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani en el Acto de Conmemoración de los 20 años de la creación de la Facultad de Derecho en el Centro de la Provincia de Buenos Aires.

El primer capítulo se enmarca en el título “*La persona y su protección*”, constando de cuatro trabajos en los que se analiza la construcción de la enseñanza jurídica desde la Teoría General del Derecho, la noción de igualdad y sus perspectivas en torno a la protección de la persona, el desarrollo de la autonomía personal en contextos de igualdad y la dignidad humana como elemento fundante de la persona.

El segundo capítulo tiene la particularidad de profundizar las ideas de *autonomía, persona y teoría del derecho* desde las distintas áreas jurídicas, potenciándose una mirada sistémica del mismo. Refleja como punto de partida los desafíos y límites que se presentan en el Derecho Privado en torno a la protección de la persona. Seguidamente se muestran los distintos despliegues de la autonomía y de los derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes en el marco de la responsabilidad parental, de los dilemas que despierta la pluriparentalidad, del derecho humano a vivir en familia en conexión con los derechos sociales y los contextos de vulnerabilidad, y de la protección especial de la infancia en relación a los derechos económicos, sociales y culturales. Con posterioridad, se plantea la importancia de la visibilización de los roles de género a través de nuevos institutos incorporados en el Derecho de Familias, como es la compensación económica; así como también, se aborda la violencia que sufre el colectivo LGTBI en los espacios públicos, ofreciéndose una aproximación a la situación en América Latina. Asimismo, se exhibe la protección de la persona en el proceso penal y en vinculación con la democracia; se analizan los contextos de precarización laboral del empleo público en el ámbito del imperio de un Estado neoliberal, y finalmente se desarrolla la protección del ambiente, haciéndose un análisis particular del caso de los humedales.

Por último, en el tercer capítulo se exponen *otros horizontes sobre la protección de la persona*, abordándose las nociones de pueblo y persona como sujetos activos de derecho en la obra Sistema de Derecho Romano Actual de Savigny; y la universalidad del mito, en especial del mito griego, plasmada en múltiples elaboraciones como es el cuento “Patrón” de Abelardo Castillo

Esta obra resulta un reflejo del camino recorrido en estos 20 años. En sus páginas, conviven quienes, como formadores, materializaron el ideal de la enseñanza del mundo jurídico en el Centro de la Provincia de Buenos, con aquellos que encontraron en la Facultad de Derecho de la UNICEN un espacio de formación para la construcción de un conocimiento plural, humanista y en permanente e inescindible vinculación con las necesidades sociales.

Azul, septiembre de 2019

FACULTAD DE DERECHO EN LA UNICEN¹

Ciuro Caldani, Miguel Ángel²

Señor Rector, señor Vicerrector, señora Decana, demás autoridades presentes, compañeros docentes y no docentes, graduados y alumnos, señoras y señores:

Hace veinte años dictábamos la clase inaugural de la que hoy es nuestra tan querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

La idea de la necesidad de un mayor desarrollo institucional de los estudios de Derecho en la región de esta Universidad, que llegara a ser una Facultad, surgió sobre todo por el desafío que significaba la alta calidad académica real y potencial que existía en la zona. En nuestro caso, la encontramos con motivo del dictado en el Colegio de Abogados de Azul de un curso sobre Magistratura para el que habíamos sido invitados por un magnífico grupo de abogados constituido por los doctores Adolfo Alvarado Velloso, Eduardo Víctor Lapenta, Luis Miralles y Alfredo Callejo. A la relación con estos prestigiosos colegas se sumaron pronto otros también muy calificados, como Laura María Giosa, Alfredo Fernando Ronchetti, Adolfo Rocha Campos, José Luis Piñeiro y Horacio Rodríguez. Existía además un marco institucional adecuado, con tribunales de alto nivel, una Universidad Nacional calificada, una Municipalidad que mantuvo su excepcional sensibilidad universitaria a través de gestiones de diferentes signos ideológicos, una Asociación de Abogados y una importante biblioteca del Colegio. No me resultaría completa ninguna mención a esta Institución sin referirme, en lugar también destacado, al Presidente Pablo Egyptian. Incluso la magnífica arquitectura de Azul hablaba de su fortaleza cultural.

¹ Palabras del autor en el Acto protocolar del 4 de abril de 2019 realizado en el Teatro Español de Azul conmemorando veinte años de la iniciación de los cursos en la actual Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (12 de abril de 1999).

² Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario y emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Se formó con esa base un espacio humano que retaba a la vocación académica para brindar a esta zona de la Provincia de Buenos Aires un centro de docencia, investigación, formación profesional e integración social que completara desde lo jurídico los despliegues interdisciplinarios con que una Universidad debe desarrollarse y participar en la vida social. Pocas veces una Casa de Estudios es tan profundamente hija de una sociedad como la primeramente Escuela y hoy Facultad de Derecho de la UNICEN. Muy especial es, entonces, la responsabilidad social que tiene la Facultad con su sociedad.

No es muy habitual que una Facultad nazca tan relacionada con el entusiasmo académico de otra como ha sucedido con la Facultad de Derecho de la UNICEN respecto de la Facultad de Derecho de la UNR. La tarea tuvo muchas dificultades, pero la vocación jurídica y universitaria fue más fuerte.

Si Argentina ha de ser, como lo quiere nuestro bloque de constitucionalidad, un país representativo, republicano y federal, con hondas raíces que contribuyan al equilibrio tan difícil entre derechos humanos y democracia y economía y mercado, es necesario que el Derecho sea pensado y realizado en cada uno de sus espacios, entre ellos, en nuestro querido Centro de la Provincia de Buenos Aires. La Facultad y la Universidad deben cumplir sus responsabilidades sociales, atendiendo a la relación compleja entre lo local, provincial, nacional, regional y mundial; entre el pasado, el presente y el tan desafiante porvenir. Ese cumplimiento ha de corresponder a los despliegues de la materia, el espacio, el tiempo y las personas, sobre todo en la nueva era que nos toca vivir. Tenemos que desenvolver el Derecho como una realización social cada vez más plena.

Para que esa plenitud suceda, vale contar con un modelo jurídico integrador, que a nuestro parecer ha de incorporar la consideración de la realidad social, las normas y los valores, culminando en la difícil tarea de definir pero imprescindible referencia a la justicia y abarcando, también, la integración interdisciplinaria con otras áreas de la Universidad. En lugar destacado, la integración con la Economía, pero también con todos los otros ámbitos del saber y el hacer que abarca la Institución. Quien no comprende la Economía y la Cultura en general no comprende satisfactoriamente al Derecho, y quien no comprende el Derecho no comprende de manera satisfactoria a la Economía y al resto de la Cultura.

Nuevas ramas jurídicas, como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho Ambiental, el Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho del Deporte, etc., han de incrementarse a través del enriquecimiento y la consideración transversal de las también imprescindibles ramas tradicionales.

Asimismo, hay que recuperar la capacidad de la estratégica jurídica. Debemos hacer del Derecho un ámbito dotado de claros objetivos a realizar mediante medios

tácticamente idóneos.

Veinte años han transcurrido, el veinte es un número con ciertas cualidades mágicas que ha recogido, incluso, la Literatura. Es de cierto modo el transcurso de una generación. Hago votos para que dentro de veinte años puedan reunirse y recordar el momento fundador y este momento, con la satisfacción de la tarea cumplida y la proyección de otros muchos veinte años de realizaciones de plenitud jurídica y humana.

Es imprescindible la voz jurídica del Centro de la Provincia de Buenos Aires en el concierto de un Derecho crecientemente justo. Mucho está en vuestras manos. De ustedes espero.

Que la vida les sea plena de felicidad³.

³ Es posible ampliar v. gr. en nuestros artículos “Tarea de la Universidad argentina en el tiempo del bicentenario de la Revolución de Mayo”, *Investigación y Docencia*, N° 43, Rosario, UNR, pág. 47 a 67 y “Tarea de la cátedra de Introducción al Derecho”, *Juris*, T. 41, pág. 289 a 321.

CAPÍTULO I

La persona y su protección

Construyendo la enseñanza del mundo jurídico desde la Teoría General del Derecho

Vazzano, Florencia⁴

Zabalza, Guillermina⁵

La redacción de la presente obra en el año en que se cumplen 20 años del nacimiento de nuestra Facultad nos convoca a recordar y repensar la historia recorrida a lo largo de este lapso temporal. Desde los inicios de esta casa de estudios, se ha procurado construir y difundir la enseñanza del fenómeno jurídico desde la perspectiva de la *Teoría General del Derecho*, a partir de los valiosos aportes de los docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario que comenzaron a dictar clases en esta institución. La impronta de nuestro plan de estudios ha sido la de visibilizar la necesidad de abordar el mundo jurídico desde la Teoría General del Derecho mediante la incorporación de una asignatura que se ubica en quinto año de la carrera de Abogacía. Dicha asignatura aporta a la formación académica de los estudiantes la comprensión acerca de la “unidad” del Derecho, de las relaciones entre las ramas jurídicas integradas en un “sistema jurídico”.

La Teoría General del Derecho nos sitúa ante la posibilidad de reflexionar sobre las respuestas que brindan las ramas jurídicas, identificando las particularidades que cada una presenta, pero asimismo resaltando los rasgos que resultan comunes y compartidos por todas⁶.

Habiendo transcurrido 20 años desde que se impartió la primera clase a cargo del Prof. Miguel Ángel Ciuro Caldani, y de haber recorrido un fructífero camino de formación, de crecimiento, y de aprendizajes compartidos en las aulas, así como en los distintos espacios de actividad académica, creemos que la Teoría General del Derecho

⁴ Magister en Derecho Privado por la Facultad de Derecho, UNR. Docente en la asignatura Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho, UNICEN. Integrante del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales (IEJUS), de la Facultad de Derecho, UNICEN.

⁵ Magister en Derecho Privado, Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones, Bioderecho e Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de UNICEN, mail: guiguiz@hotmail.com.

⁶ Véase CIURO CALDANI, Miguel, A., “Lecciones de Teoría General del Derecho”, *Investigación y Docencia*, Vol. N° 32, Rosario, Facultad de Derecho, UNR, 1999.

constituye la visión acerca del mundo jurídico que permite comprender la complejidad y diversidad que exhibe la vida humana de nuestro tiempo.

El desafío de la complejidad nos interpela a procurar una interrelación entre los diferentes saberes, ya que las diversas ramas y disciplinas se vinculan de manera constante y dinámica con las *demás* y con el *todo* formando parte del sistema jurídico⁷. Desde esta perspectiva creemos que el mundo jurídico tiene mayor comprensión cuando se lo construye como un complejo en el que se diferencian las distintas ramas diversificadas por particularidades, sociológicas, normológicas y axiológicas que culminan en exigencias de justicia. Por ello, “*con su desarrollo tridimensional el trialismo procura el desenmascaramiento de las coberturas que ocultan la realidad de la vida. Así como se afirma que si la historia la escriben los que ganan, quiere decir que hay otra historia, agregando quien quiere oír que oiga, cabe agregar que si las normas las escriben los que pueden, quiere decir que son referibles otras normas, las de los que no pueden, continuando con quien quiera saber que sepa*”⁸.

La apertura hacia los nuevos saberes, en especial cuando se supera la complejidad impura que mezcla y la simplicidad pura que mutila, nos ayuda a comprender la complejidad pura, abriéndose caminos de libertad⁹. Tendremos que preguntarnos si existe un modo de pensar, o un método, capaz de estar a la altura del desafío de la complejidad, pudiendo trascender la ambición del pensamiento “simple” o “reduccionista” de controlar y dominar lo real; ejercitando un pensamiento capaz de tratar de dialogar, de negociar, con lo real¹⁰. Indica Morin¹¹ que la complejidad puede ser pensada a primera vista como un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados: presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple; pero agudizando la atención, la complejidad presenta el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que componen nuestro mundo fenoménico. La complejidad se presenta con los rasgos de lo enredado, del desorden, la ambigüedad; de allí la necesidad para el conocimiento de poner orden a los fenómenos, seleccionando los elementos, clarificando y distinguiendo. No obstante, tales operaciones, pueden correr el riesgo de producir ceguera si eliminan los otros caracteres de lo complejo; por ello, el desafío del pensamiento complejo es afrontar el entramado, la solidaridad de los fenómenos entre sí, la bruma, la incertidumbre, la contradicción¹¹.

⁷ Véase CIURO CALDANI, Miguel, A., “Las ramas del mundo jurídico en la posmodernidad (las ramas del mundo jurídico en tiempo de crisis de la materia”, *Investigación y Docencia*, Vol. 31, Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, UNR, 1979, pág. 51 - 57.

⁸ CIURO CALDANI, Miguel, A., “Consecuencias jurídicas de la “grieta” argentina, *La Ley*, 2017-D, p.1.

⁹ CIURO CALDANI, Miguel, A., “Complejidad como ámbito de libertad”, en *Derecho y Complejidad*, Eduardo, Lapenta- Fernando, Ronchetti (coord.), Tandil, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011, p. 22.

¹⁰ MORIN, Edgar, *Introducción al Pensamiento Complejo*, 1 ed. 9 reimp., M. Pakman (trad.), Barcelona, Gediza, 2007 p.22.

¹¹ MORIN, Edgar, *Introducción al Pensamiento Complejo*, op., cit., p.32 y ss.

Situados en la complejidad, coincidimos con Ciuro Caldani en que no cabe más que sostener una solución prescindente, que admita que el objeto es “*construido*”. Poniendo entre paréntesis la respuesta acerca de lo que el Derecho “es”, se puede discutir sobre lo que resulta convincente considerar como tal¹². La construcción sobre la noción de Derecho y de su funcionamiento responde a edificaciones que se producen según los intereses presentes en las diversas circunstancias que se proyectan en los diferentes escenarios. No creemos que se pueda demostrar que exista “una” sola teoría del Derecho correcta, sino que son construcciones -más o menos compartidas- según los intereses en cada circunstancia¹³.

Creemos que es más esclarecedor construir la noción de Derecho desde una perspectiva tridimensional¹⁴, definiendo al Derecho como un fenómeno complejo, construido por adjudicaciones, descriptas e integradas por las normas, que atienden a la realización de la justicia¹⁵.

Desde la filosofía integrativista trialista, el Derecho –como fenómeno complejo– es un campo homogéneo tejido por componentes heterogéneos^{16/17}. El Derecho es un todo, un sistema, resultante de las relaciones que se suscitan entre sus diversos elementos: específicos, por sus propiedades; y determinados por sus funciones¹⁸. Indica Dabove que el Derecho se desenvuelve como un sistema abierto y dinámico; como un espacio fluctuante y homeostático, en un entorno real determinado, en el que sus componentes funcionan de manera simultánea, dialéctica y complementaria en dos planos diversos. Por un lado, interactúan entre sí, conformando un complejo jurídico – socio-normo-dikelógico -, a través de un proceso operativo, de estabilización; pero por otro lado se relacionan con el orden ecológico, social, político, artístico, y cultural, a través de un proceso adaptativo, de cambio e integración. Cada respuesta que el Derecho genera, indica el nivel y calidad de la evolución que logra asumir en su interior, en relación con el entorno¹⁹.

Entonces, si bien el fenómeno jurídico construido desde el trialismo ha de

¹² CIURO CALDANI, Miguel, A., “Lecciones de Teoría General del Derecho”, op. cit., p.38-39, ss.

¹³ CIURO CALDANI, Miguel, A., “La complejidad del funcionamiento de las normas”, *La Ley*, 22/2/2208, 1. En <http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/laley/main>. Extraído el 10/9/2019.

¹⁴ CIURO CALDANI, Miguel, A., “Lecciones de Teoría General del Derecho”, op. cit.

¹⁵ DABOVE, María Isolina, “Funcionamiento del Derecho en la Teoría Trialista”, en *Introducción al Derecho*, Juan, J. Bentolila (coord.), Buenos Aires, La Ley, p. 99.

¹⁶ DABOVE, María Isolina, “Funcionamiento del Derecho en la Teoría Trialista”, op., cit., p.100.

¹⁷ WAGENSBERG, Jorge, *Ideas sobre la complejidad del mundo*, 3º ed. Barcelona, Tusquet, 1994; LEWIN, Roger, *Complejidad. El caos como generador del orden*, J.G.López Giux (trad.), Barcelona, Tusquet, 1995; MORIN, Edgar, *Introducción al Pensamiento Complejo*, op., cit.

¹⁸ DABOVE, María Isolina, “Funcionamiento del Derecho en la Teoría Trialista”, op., cit; p. 100; GRUN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, Dunken, 2004.

¹⁹ DABOVE, María Isolina, “Funcionamiento del Derecho en la Teoría Trialista”, op., cit; p. 100.

edificarse en tres dimensiones diferenciadas pero inescindibles: sociológica, normológica y dikelógica²⁰, cada una de estas dimensiones se esclarece por las demás, con lo cual el complejo suele oscurecerse cuando sólo se brinda atención a una o dos de ellas²¹.

Las autonomías del Derecho comienzan a percibirse en la realidad social y las normas, pero su comprensión plena se produce en la consideración de la justicia. En virtud de ello, la especificidad del fenómeno jurídico depende al fin de la referencia al valor justicia²², cuyo criterio o principio supremo consiste en adjudicar y asegurar una esfera de libertad amplia para que cada persona pueda desarrollar su personalidad en contextos de igualdad.

Las categorías de igualdad y libertad deben ser recreadas desde una perspectiva dinámica, en constante relación con el despliegue de lo humano, a fin de no convertirse en categorías abstractas o vacías. Por ello, concordamos con Ciuro Caldani en que el fundamento último no está en la igualdad ni en la libertad, sino en la persona²³.

Observamos con el Profesor en que la persona es asunto de consideración especialmente frecuente en la Filosofía y la Ciencia del Derecho, así como también en la Antropología, la Psicología, la Pedagogía, la Gramática, etc. Sabemos que el Derecho se asienta sobre la noción de persona y de libertad, sin embargo, resulta relevante conocer con qué elementos las diversas teorías jurídicas construyen su concepto y significado. Si se adopta la postura desarrollada por Hans Kelsen en su obra “Teoría Pura del Derecho”, la *persona* aparece como una construcción artificial, entendida como un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos, un conjunto pues, de normas y de imputaciones²⁴. En cambio, de conformidad con la propuesta del integrativismo tridimensional de la teoría trialista, la *persona es pensada como un fin en sí mismo*, interesando en función de las adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de todo aquello que la beneficia o perjudica, todo lo cual es captado por el orden normativo mediante la descripción e integración de la realidad social, o mediante tareas de elaboración ante las carencias normativas. Asimismo, desde esta visión importa cada sujeto en función de sus posibilidades de personalización, a partir de la concesión de una esfera de libertad necesaria que le permita alcanzar esa finalidad²⁵.

Es necesario conocer el complejo de respuestas que brindan las ramas del

20 CIURO CALDANI, Miguel, A., “Nuevas reflexiones sobre la complejidad de las autonomías jurídicas”, en *Introducción al Derecho*, Juan, J. Bentolila (coord.), Buenos Aires, La Ley, 2009, p.153.

21 CIURO CALDANI, Miguel, A., “Complejidad como ámbito de libertad”, op., cit., p. 23.

22 CIURO CALDANI, Miguel, A., “Nuevas reflexiones sobre la complejidad de las autonomías jurídicas”, op., cit., p.153.

23 CIURO CALDANI, Miguel, A., “Justicia y Persona”, *Investigación y Docencia*, Vol. 6, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1988.

24 KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1986.

25 CIURO CALDANI, Miguel, A., “¿Convertirse en persona?”, *Derecho de Familia y de las Personas*, N° 1, 2010, p. 202.

Derecho en sus despliegues materiales, personales, espaciales y temporales, pues cada una de las áreas del mundo jurídico se proyecta y se despliega atendiendo a una cierta parcela de la realidad social (la materia), considerando los méritos o merecimientos de las personas o grupos de personas (lo personal), y teniendo en cuenta el tiempo y los espacios en que se desenvuelve la vida en sociedad²⁶. Así, la especificidad en la *materia* permite conocer el universo de casos que cada una de las ramas jurídicas abarca, todo lo cual posibilita a su vez, la identificación de las carencias normativas históricas y/o dikelógicas. En la actualidad, el elemento material de las áreas jurídicas refleja la captación de interacciones más “horizontales” y democráticas, basadas en la cooperación, la solidaridad, el respeto por la autonomía y dignidad personal. La especificidad en lo *personal*, permite conocer quiénes son los sujetos a los cuales se dirige el mundo jurídico, así como también visibilizar a todos aquellos que se encuentran por fuera de los márgenes del sistema, en virtud de su exclusión, olvido o falta de especial consideración. El análisis tendiente a determinar *quiénes dan y quienes reciben*, así como también, *aquello que se reparte*, permite esclarecer *quiénes se benefician y quienes se perjudican*²⁷. Siguiendo a Ciuro Caldani, es importante comprender cuál es el “lugar” de cada persona dentro del mundo jurídico, teniendo en cuenta que cada ser humano tiene perfiles de libertad y personalidad distintos que se atribuye y le atribuyen. Sabemos que el lugar, roles o posición que se asigna a cada sujeto va mutando en virtud de los cambios sociales, culturales, económicos, científicos, políticos y jurídicos. Por su parte, la especificidad en el *tiempo* permite observar el pasado, el presente y el porvenir de las respuestas jurídicas, generando oportunidades para comprender las realidades, captaciones y valores imperantes de la actualidad en conexión con la historia, así como también, generando espacios para pensar el futuro. Las instituciones jurídicas, sus principios y valores de hoy se comprenden mejor cuando se recorre la historia desde una visión *retrospectiva*, esto es, mirando los sucesos pasados, pero también *prospectiva*, es decir, mediante una mirada que pueda pensar en las proyecciones del porvenir. Parte del sentido del presente mantiene una íntima conexión con el pasado y con el futuro²⁸. Finalmente, la especificidad en el *espacio* posibilita la consideración de los diversos ámbitos en los cuales se desenvuelven las relaciones jurídicas, esto es, los diferentes contextos socio-económicos, culturales, políticos, entre otros, en los que se desarrolla la vida humana. Así, el elemento espacial abre cauces para mostrar que los casos se presentan en escenarios familiares, laborales, contractuales, de consumo, entre otros, que son diversos, y que en ciertos supuestos exhiben dilemas y/o complejidades que requieren respuestas particulares.

²⁶ CIURO CALDANI, Miguel, A., “¿Convertirse en persona?”, op. cit., p. 202.

²⁷ CIURO CALDANI, Miguel, A., “Los beneficiarios del Derecho”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 27, Rosario, Facultad de Derecho, UNR, 2003.

²⁸ CIURO CALDANI, Miguel, A., *Lecciones de Historia de la Filosofía*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, p. 10.

La identificación de las especificidades materiales, personales, temporales y espaciales de las áreas del Derecho posibilita el conocimiento acerca de las particularidades que presentan las mismas, así como sus denominadores comunes. En la actualidad, el rasgo que comparten las ramas jurídicas está dado por la exigencia de proteger a la “persona”, atendiendo a los diferentes despliegues de la vida humana. Hoy el denominado principio pro homine constituye el eje transversal a todas las ramas y subramas del mundo jurídico, que requiere de respuestas que procuren un desarrollo pleno de las personas. Dicho principio exige a los operadores del Derecho la búsqueda y aplicación de las normativas que en cada caso resulten más favorables para la persona humana, para su libertad y derechos²⁹.

En suma, la consideración de la persona desde la Teoría General del Derecho permite realzar los elementos compartidos de las ramas jurídicas, considerando que todas se hallan iluminadas por ciertos principios que se encuentran en la base axiológica del sistema jurídico, tales como el principio de libertad y de autonomía personal, el de igualdad, de solidaridad, de protección integral de la familia, de no dañar, entre muchos otros. Pues, independientemente de las particularidades que presenta cada una de las áreas jurídicas, todas se centran en la “persona” y sus derechos fundamentales. Ello constituye el elemento *abarcativo* del complejo jurídico, considerando que no existe otro interés en las ramas que no sea la vida de las personas en sus distintas aristas, considerando sus interacciones con los demás, con las cosas, con la naturaleza y con las personas no humanas.

Los elementos compartidos por las ramas del Derecho permiten comprender cuáles son las finalidades del sistema jurídico, es decir, si nuestro Derecho se inspira en respuestas diseñadas sobre la idea del resguardo de la “propiedad”, desde una mirada patrimonialista, o en respuestas pensadas en la protección de la “persona”, a partir de una visión más humanista. La composición actual de las ramas muestra que la segunda finalidad señalada es la que predomina, todo lo cual se observa a través de los procesos de cambios que las instituciones jurídicas han transitado desde mitad o fines del S. XX en adelante.

El continuo temporal y su devenir revela que cada una de las ramas que integran el mundo jurídico son expresiones vivas, que pueden aparecer o desaparecer según las diversas exigencias de justicia que mutan y cambian ante los disímiles contextos sociológicos³⁰. La idea de cambio no es ajena al mundo jurídico, pues si adoptamos la tesis de la constante mutabilidad del universo de Heráclito (576-480 d.c), podemos

²⁹ BIDART CAMPOS, German, “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio pro homine”, en *El Derecho Constitucional del S. XXI, Diagnostico y Perspectiva*, German, Bidart Campos- Andrés, Gil Domínguez (dir.), Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 12.

³⁰ CIURO CALDANI, Miguel, A, “Nuevas reflexiones sobre la complejidad de las autonomías jurídicas”, op., cit., p. 167 y ss.

afirmar que el Derecho no permanece ni debe permanecer inmutable, sino que por el contrario, se ha de ocupar de los cambios socio-culturales como factores que originan nuevas problemáticas jurídicas, a las cuales debe dar respuestas.

La Teoría General del Derecho contribuye a que la ciencia jurídica asuma el desafío de la complejidad, esto es, de la consideración integrada de todas las partes del sistema, así como también, de la temporalidad, es decir, de los cambios que nos interpelan a la búsqueda de nuevas miradas³¹. Todo ello requiere que el conjunto de ramas tradicionales acompañe los nuevos requerimientos de justicia, así como también, conduce a la necesidad de surgimiento de nuevas áreas que se ocupen de exigencias de justicia más particulares, tales como el Derecho de la Vejez, el Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes, el Bioderecho, el Derecho de la Educación, el Derecho del Arte, entre otras³². El reconocimiento de las nuevas áreas permite visibilizar la posición de ciertos sujetos o ciertas problemáticas y/o situaciones que en principio se encuentran eclipsadas por el complejo de respuestas tradicionales³³. Desde esta perspectiva, la Teoría General del Derecho, iluminada por la propuesta del integrativismo tridimensional de la teoría trialista, genera oportunidades para elaborar normas jurídicas acordes a las exigencias de la vida humana, conectando las construcciones normativas con la realidad, y con los valores que imperan en la sociedad en un tiempo y espacio determinado.

³¹ CIURO CALDANI, Miguel, A, “Perspectivas de la Teoría General del Derecho”, *Investigación y Docencia*, Vol. N° 35, Rosario, Facultad de Derecho, UNR, 2002.

³² CIURO CALDANI, Miguel, A, “Las ramas del mundo jurídico, sus centros críticos y esferas críticas”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 21, Rosario, Facultad de Derecho, UNR, 1996.

³³ CIURO CALDANI, Miguel, A., “Notas de la disertación de apertura: “eclipse y emersión de las ramas jurídicas”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Vol. N° 21, Rosario, Facultad de Derecho, UNICEN, 1996.

La protección de la persona y la prioridad entre iguales

Mayor, María Celeste³⁴

Ronchetti, Alfredo Fernando³⁵

1. Introducción

En alguna medida el igualitarismo se vale de las diferencias, otorgando protección a grupos vulnerables o personas en situación de marginación, o aún, de fragilidad. El proyecto de investigación “Persona, autonomía y protección en la Teoría del Derecho”, que dirige la Dra. María Isolina Dabove, tematiza la protección de la persona desde las distintas ramas del Derecho, profundizando el planteo de la teoría general con los aportes interdisciplinarios.

En este trabajo nos proponemos hacer un breve recorrido del principio de igualdad como protección a la persona, desde el constitucionalismo y los códigos burgueses y, en segundo lugar, repensarlo a partir de los aportes de la filosofía política contemporánea, tanto en la manera de concebir los derechos como en cuanto al modo en que lo garantiza el sistema institucional.

2. La igualdad de derechos y sus implicancias

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) proclama en su artículo primero que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, pero seguidamente relativiza esa afirmación al decir que “las distinciones sociales... pueden fundarse en la utilidad común”³⁶. De este modo justifica un *principio*

³⁴ Profesora en Historia (UBA), JTP en “Historia social y política de las instituciones argentinas y latinoamericanas” y en “Teoría del Estado” de la Facultad de Derecho UNICEN.

³⁵ Abogado, Especialista en Magistratura, Doctorando, Facultad de Derecho, UNR, Profesor de “Introducción al Derecho” y “Teoría General del Derecho” de la Facultad de Derecho de la UNICEN.

³⁶ “Las distinciones sociales **sólo** pueden fundarse en la utilidad común”, es el texto completo, pero la excepción utilitarista basta para quitarle su carácter categórico. En su idioma original: *Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.*

*de diferencia*³⁷.

Así queda planteada “la tensión central”, según T. Piketty, esto es: “¿hasta dónde tiene que llegar la igualdad de los derechos?”³⁸. Lo que para esa época se presentaba como revolucionario era la potestad de contratar libremente; hacia el siglo XX con el Estado Social, la igualdad se extendía al derecho a la educación, a la salud, a la jubilación. Y se interroga este autor “¿debe incluirse hoy en día el derecho a la cultura, a la vivienda, a viajar?”.

En el origen del constitucionalismo encontramos este principio de igualdad de derechos que afirmaron las revoluciones norteamericana y francesa, lo que verdaderamente representó un progreso. “Sin embargo, en la práctica los regímenes políticos resultantes de esas revoluciones se concentraron prioritariamente, durante el siglo XIX, en la protección del derecho de propiedad”³⁹.

Este principio de igualdad fue funcional a uno de los propósitos de la burguesía gobernante. A través del proceso codificador (que da comienzo en 1804 con el Código Civil francés) se afirmaba la libertad de contratación y la propiedad privada, brindando la seguridad jurídica de que el derecho privado patrimonial no era más que la aplicación deductiva de las normas allí reunidas, hecha mecánicamente por un juez (limitado en su rol de ser una “boca muda de la ley”), y que el contrato tenía tanta fuerza como la ley misma.

“Generalizar la capacidad jurídica significaba también... obligar a todos los sujetos jurídicos a participar en el juego salvaje de la competencia”, explica Pío Caroni “la capacidad jurídica se presenta como una función de la necesidad de sostener el mercado y de comercializar de esta manera...de explotar la desigualdad... la llave maestra para legalizar jurídicamente la explotación y legitimar la dependencia”⁴⁰.

Otra consecuencia que trajo la postulación de la igualdad para todos, fue la de diluir o invisibilizar la debilidad, la fragilidad, la vulnerabilidad de los más desfavorecidos por las condiciones políticas, económicas y sociales.

La ley, por su generalidad, se muestra como un instrumento igualador, imparcial, como un límite a la arbitrariedad, se abstrae de lo particular para regular de manera uniforme todas las situaciones que racionalmente se le presentan. “La Ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe, tanto al rico como al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan”, remedaba Anatole France.

³⁷ El principio de diferencia de la teoría de la justicia de John Rawls, en cambio, se subordina a una regla de prioridad que establece que la igualdad de libertades básicas no puede ser limitada en favor de la obtención de mayores ventajas sociales y económicas y que la igualdad de oportunidades no puede ser condicionada por la utilidad o el mayor bienestar.

³⁸ PIKETTY Thomas, *El capital en el siglo XXI*, Buenos Aires, FCE, 2014. Pág. 529.

³⁹ PIKETTY Thomas, *op. cit.*, pág. 531.

⁴⁰ CARONI Pío, *Lecciones de Historia de la Codificación*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2013, pág. 53.

Pero, al mismo tiempo, esa “abstracción le permitió al legislador desalojar del ámbito del derecho privado todas las situaciones referibles al mundo de la desigualdad, ya que favorecían o acentuaban de diferentes maneras los antagonismos sociales”⁴¹.

Explica Boaventura de Sousa Santos que “desde mediados del siglo XIX, coincidiendo con el inicio del período liberal, el triunfo ideológico del individualismo liberal y la exacerbación de los conflictos sociales, como resultado de la revolución industrial y la urbanización, sirvieron para plantear la cuestión central de cómo mantener el orden social en una sociedad que perdía o destruía rápidamente los fundamentos en que tal orden se había afirmado hasta entonces.

“La respuesta fue encontrada en el derecho, en la existencia de una normativa única, universal, coherente, acorde con los objetivos de desarrollo de la sociedad burguesa y susceptible de poder imponerse por la fuerza”⁴².

Sin embargo, “la crisis de legitimidad comienza cuando el Estado se ve superado por las demandas provenientes de las necesidades insatisfechas de distintos sectores de la población, para quienes el carácter de ciudadano aparece en los hechos desprovisto de validez por la ausencia de democracia en las estructuras de la sociedad”⁴³.

El Estado de Bienestar constituye la respuesta del propio sistema capitalista, liberal, para contener los embates socialistas, marxistas y anarquistas. El proceso que comienza con las medidas del canciller Otto Von Bismarck en la Alemania de 1884-1887 se va a consolidar con el constitucionalismo social desde la segunda década del siglo pasado.

En la ciencia jurídica, paralelamente, se produce la “revuelta contra el formalismo” (tomamos la denominación de R. Treves), que se expresa en una revisión de los métodos de interpretación de normas (en Alemania la Escuela del derecho libre –Kantorowicz-, la Jurisprudencia de intereses -Heck- y la Jurisprudencia teleológica –Ihering-; en Francia, la Escuela de la Libre Investigación Científica –Geny-; en los EEUU la Jurisprudencia sociológica –Holmes, Frank-) y en un reconocimiento de nuevas fuentes del Derecho. Junto con la producción gubernamental del Derecho, que se lleva a cabo mediante leyes, se comienza a prestar atención también al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, a la doctrina y a la justicia.

Sin embargo, muchos jueces permanecieron apegados a la aplicación dogmática de la ley, indiferentes a las necesidades y a las demandas sociales. “En Europa, la independencia de la justicia tiene como premisa su aislamiento social y su neutralización política. A fines del siglo XIX, Europa se encontraba sumida en una

⁴¹ CARONI Pío, *op. cit.*, pág. 48.

⁴² DE SOUSA SANTOS Boaventura, *Sociología Jurídica Crítica*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2009, pág. 100.

⁴³ GUARIGLIA Osvaldo, BARTOMEU María Julia, VIDIELLA Graciela; *Democracia y Estado de Bienestar*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1993, p. 29.

desorganización social sin precedentes y en el conflicto generado por la revolución capitalista, que suscitaba nuevos problemas, reunidos ahora bajo una nueva expresión ‘el problema social’: urbanización explosiva y condiciones de vida infrahumanas, desarraigo rampante, crimen, prostitución, degradación de la salud y de las condiciones de vida de los campesinos desalojados, trabajo industrial infantil y desnutrición. El sistema judicial permaneció indiferente ante esta agitación, defendiendo calladamente los derechos de propiedad y determinando judicialmente las obligaciones contractuales entre particulares, en su mayor parte miembros de la burguesía”⁴⁴.

Un análisis crítico de esta actitud de los jueces proyecta algunas sombras, aún, en la aspiración de una magistratura sensible a las necesidades sociales más distantes de su propia realidad.

3. El siglo de la redistribución

La revolución llegó a través de una serie de medidas de índole política, en opinión de autores franceses tales como Rosanvallon y Piketty⁴⁵.

“En el siglo XIX, la idea de igualdad se volvió contra sí misma a golpes de negación y de redefiniciones perversas. La página de esta larga crisis se volverá progresivamente con el establecimiento de los Estados providencia iniciado a principios de la década de 1900. Va entonces a abrirse el siglo de la redistribución, al mismo tiempo que se generalizará en Europa el sufragio universal. Las desigualdades serán reducidas de manera espectacular en algunos decenios. Tres grandes reformas fueron el vector de este cambio brusco: la institución del impuesto progresivo sobre el ingreso; el establecimiento de mecanismos de seguro que protegen a los individuos contra los riesgos de la existencia; la instauración de procedimientos de representación y de regulación colectiva del trabajo, que conducen a una mejoría notable de la condición asalariada”⁴⁶.

El impuesto progresivo sobre el ingreso produjo una verdadera revolución, que cambió la naturaleza de las sociedades capitalistas occidentales, sostiene este autor, “una revolución extremadamente rápida: se llevó a cabo en dos o tres decenios”.

La sociedad aseguradora se inicia con las aludidas reformas de Bismarck, que establece el seguro por enfermedad obligatorio, la ley de accidentes de trabajo, las cajas de seguro de vejez, las indemnizaciones y pensiones por invalidez, los subsidios a los desocupados, todo ello financiado con gastos del Estado, con un fuerte impacto redistributivo.

Finalmente, el reconocimiento de los sindicatos como actores legítimos en la

⁴⁴ DE SOUSA SANTOS Boaventura, *op. cit.*, pág. 424.

⁴⁵ “La historia de la distribución de la riqueza es siempre profundamente política y no podría resumirse en mecanismos puramente económicos” (Piketty, *op. cit.*, pág. 36)

⁴⁶ ROSANVALLON Pierre, *La sociedad de iguales*, Buenos Aires, Manantial, 2012, pág.203.

vida económica, permitió que el valor del trabajo se negociara colectivamente. Pero este ciclo llegó a su fin. Desde la década de 1970 la desigualdad viene creciendo significativamente en los países desarrollados, según Piketty⁴⁷. Esto tiene que ver fundamentalmente, según este economista, en que la tasa de rendimiento del capital supera a los índices de crecimiento de la economía.

4. Compromiso igualitario

El constitucionalismo liberal exhibe un carácter igualitario cuando afirma la igualdad moral de las personas, que todos merecemos ser tratados con el mismo respeto.

En el pensamiento de Montesquieu y de Rousseau esta idea respondía a la necesidad de mantener la posibilidad de una comunidad política, más que a la pretensión de alcanzar un igualitarismo económico.

El privilegio no era solamente definido por el tipo de distinción material o simbólica que introducía, también era una función del tiempo: inscribir las diferencias en la duración, fijar el mundo. A diferencia de las economías estancadas fundadas en la explotación de las rentas inmobiliarias, la economía de mercado era percibida como el motor de una destrucción de una sociedad de órdenes⁴⁸.

Saint Etienne entendía el funcionamiento de esta economía de la igualdad como una forma de igualdad moral, que podía reducir la percepción de la desigualdad material. “Vivir en la misma sociedad: tal era realmente a sus ojos el sentido de la igualdad moral, que corregía en ese modo de la proximidad la propensión que tienen las distinciones económicas a engendrar mecánicamente mundos sociales separados”⁴⁹. De esta visión sacó su centralidad la idea de fraternidad durante la Revolución Francesa; la fraternidad “rechaza el encierro del individuo en sus condiciones concretas de existencia. Las desigualdades materiales pueden incluso encontrar una forma de corrección en la calidad de un lazo social más neutro y más cotidiano: el de la simple civilidad”.

5. Igualdad, bienes primarios, capacidades

La imparcialidad con la que personas razonables pueden establecer principios de justicia, a la manera que la concibe Rawls, tiende a garantizar la consideración a los sectores más postergados de la sociedad, y es un buen punto de partida sobre el que se han edificado numerosas respuestas al problema de la igualdad que nos legó la ilustración⁵⁰.

⁴⁷ PIKETTY Thomas, *op. cit.*, pág. 29.

⁴⁸ ROSANVALLON Pierre, *op. cit.*, pag. 75.

⁴⁹ ROSANVALLON Pierre, *op. cit.*, págs. 77-78.

⁵⁰ “Hay dos ilustraciones: una ilustración profundamente reivindicable, de la que carecemos, y que tiene que ver con los conceptos de autonomía, emancipación, con la relación compleja entre libertad e igualdad,

La posición original que diseña Rawls permite contemplar las necesidades e intereses de los sujetos más débiles, aunque indudablemente se gana en complejidad con el aporte de algunos de sus críticos (Walzer, Sen, Nussbaum).

Personas racionales y razonables, bajo el velo de ignorancia, pueden establecer principios de justicia, pero esto no asegura un resultado neutral. Porque el hombre real se constituye merced a una historia que lo sobrepasa, es un “yo situado”, no puede despojarse de los significados sociales que tienen carácter histórico, dirá Walzer, desde la perspectiva comunitarista. A la vez, cuando Rawls proyecta a esos sujetos interesados en obtener determinados bienes primarios, no contempla que el resultado distributivo no termina allí. Como observa Amartya Sen, un índice igualitario de bienes primarios no puede tomar en cuenta las desventajas de los individuos que sufren de alguna discapacidad o de los pobres relativos en países desarrollados que carecen de las habilidades necesarias para convertir su cuota de bienes primarios en formas efectivas de bienestar⁵¹. Rawls intentó establecer una lista de “bienes primarios” neutros con respecto al contenido específico de la pluralidad de concepciones del bien y de los planes de vida de los distintos miembros de la sociedad. No obstante, las observaciones señaladas inducen a complementar su Teoría de la Justicia con algunos de los desarrollos más recientes, que serán escogidos en función de afinidades filosófico-políticas, o en orden a determinados objetivos prefijados.

El enfoque de las capacidades es visto por Amartya Sen como un modo de evaluación comparativa de la calidad de vida y como justicia social; Martha Nussbaum lo ha usado como base filosófica para una teoría de los derechos básicos de los seres humanos que deben ser respetados y aplicados por los gobiernos de todos los países, como requisito mínimo del respeto por la dignidad humana. Las capacidades humanas consisten en “aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser, según una idea intuitiva de lo que es una vida acorde con la dignidad del ser humano”⁵².

Las capacidades se presentan como la fuente de los principios políticos para una sociedad liberal y pluralista, según Nussbaum “las capacidades humanas centrales

entre orden normativo como ley jurídica e igualdad material...”, a la que llama ilustración libertaria. “Pero también tenemos que hablar de otra ilustración, que va desplegando una racionalidad absorbente, cuantificadora, que va limitando la exterioridad, que va dominando la naturaleza, que supone que el hombre es esencialmente estructura racional; que va, de alguna manera, rapiñando la propia dimensión de la libertad, la propia dimensión de la crítica, la propia dimensión de la autonomía y de la emancipación en la construcción de modelos de racionalización, de cuantificación, que son cada vez más unificadores; una racionalidad burocrática y una modernización que finaliza devorando las pluralidades, las diferencias y al propio espíritu crítico. Es decir, habría una ilustración que se traiciona a sí misma”; en términos de Habermas: una ilustración inconclusa (CASULLO Nicolás, FORSTER Ricardo y KAUFMAN Alejandro, *Itinerarios de la Modernidad*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009, pág. 267).

⁵¹ GUARIGLIA Osvaldo, BARTOMEU María Julia, VIDIELLA Graciela; *Democracia y Estado de Bienestar*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1993, pág.89.

⁵² NUSSBAUM Martha C., *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2007, pág. 82.

no son simplemente objetivos sociales deseables, sino títulos basados en la justicia para una reclamación urgente”⁵³.

Tratándose del acceso o la protección de algún grupo vulnerable, resulta en ocasiones más apropiado el empleo de recursos concretos y directos como, por ejemplo, la implementación de acciones afirmativas o positivas⁵⁴ o la postulación de principios o criterios dirimentes, como el principio pro homine o la noción de “emancipación”⁵⁵. En el primer caso, la autora justifica la congruencia de estas acciones destinadas a hacer efectiva la igualdad de género, desde las distintas corrientes de filosofía política y filosofía moral.

En el segundo caso, Silvina Ramírez encuentra insuficiente la Teoría de la Justicia de Rawls para el reconocimiento de los derechos colectivos y, en particular, de los pueblos indígenas, propiciando, en cambio, utilizar la idea de igualdad como emancipación, entendida como el proceso de descolonización que permite a los pueblos indígenas como sujetos colectivos, preservar su cosmovisión y garantizar su calidad de vida⁵⁶. De esta manera, la emancipación sería un criterio de prioridad que prevalecería en las disputas redistributivas.

En sociedades postergadas, con un alto índice de marginalidad, se hace preciso contemplar que se den las circunstancias de la justicia (que Rawls toma de Hume), es decir, que es posible construir una noción de justicia en tanto haya sólo una moderada escasez.

Este piso de necesidades básicas es otro elemento a considerar como presupuesto de cualquier planteo acerca de la desigualdad y de la redistribución.

La idea de *decent minimum* o de un umbral es explicada también por Nussbaum: “mi enfoque introduce la idea de un *umbral para cada capacidad*, por debajo del cual se considera que los ciudadanos no pueden funcionar de un modo auténticamente humano”⁵⁷. Este umbral sería otro criterio de preferencia que se impone a cualquier otro título de legitimidad.

6. Igualdad de oportunidades o igualdad de posiciones

Asumiendo que la igualación es siempre relativa, desde la Ilustración se distinguían distintas clases de igualdad. “El credo de los revolucionarios norteamericanos

⁵³ NUSSBAUM Martha C., *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2007, pág. 288.

⁵⁴ RODRÍGUEZ Marcela V., “Igualdad, democracia y acciones positivas,” en R. Gargarella, (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008

⁵⁵ RAMÍREZ Silvina, “Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas” en Alegre Marcelo y Gargarella Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007.

⁵⁶ RAMÍREZ Silvina, *op. cit.*, pág. 17.

⁵⁷ NUSSBAUM Martha C., *op. cit.*, pág. 83.

y franceses había consagrado el principio de la igualdad de las *condiciones*. La sociedad de semejantes, cuya existencia fundaba este último principio, por cierto no implicaba de ningún modo a sus ojos una igualdad de *situaciones*⁵⁸.

En ese tiempo dos términos delimitaban el campo de las desigualdades aceptables entre individuos: la virtud y el talento⁵⁹.

En la actualidad, Fracoise Dubet introduce otro análisis. Sostiene que una manera de atenuar las desigualdades sociales consiste en combinar la igualdad de oportunidades con una mayor igualdad de las posiciones: “La igualdad de las posiciones está asociada a una representación de la sociedad en términos de estratificación socioprofesional y de clases sociales: las posiciones se definen con independencia de quienes las ocupen. Por el contrario, la igualdad de oportunidades conduce a definir grupos sociales en términos de discriminaciones y de desventajas, es decir, en función de sus chances objetivas de acceder a todas las posiciones”⁶⁰.

Mientras que el modelo de la igualdad de oportunidades tolera grandes desigualdades resultantes, bajo la justificación de que están al alcance de todos, el modelo de igualdad de posiciones acerca los escalones, atenuando las desigualdades aunque sin renunciar a una función meritocrática. De manera que “cuanto más se reducen las desigualdades entre las posiciones, más se eleva la igualdad de oportunidades”⁶¹.

7. El rol de los jueces en la distribución de derechos

Comenzamos este trabajo señalando las dos caras de la ley: podemos verla como un instrumento de igualación, que por su generalidad mide a todos con la misma vara y evita la arbitrariedad de trato⁶². Pero a la vez, oculta las diferencias, al igualar a quienes no son iguales, no permite atender los casos particulares de personas concretas que necesitan respuestas diferenciales.

¿Están los jueces en mejores condiciones de solucionar estos problemas a través de sus sentencias?

“En los países centrales, el creciente protagonismo de la justicia, en especial

⁵⁸ ROSANVALLON Pierre, *op.cit.*, pag. 115.

⁵⁹ ROSANVALLON... *ibidem*.

⁶⁰ DUBET Fracoise, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, trad. Alfredo Greco y Bavio, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012, pág. 58.

⁶¹ DUBET Fracoise, *op. cit.*, pág. 99.

⁶² Dice Piketty que “La redistribución moderna no consiste en transferir las riquezas de los ricos a los pobres, o por lo menos no de manera tan explícita; reside en financiar servicios públicos e ingresos de reposición más o menos iguales para todos, sobre todo en el ámbito de la educación, la salud y las jubilaciones” (*op. cit.*, pág. 528). No podríamos imaginarnos de qué otra manera se podrían llevar a cabo estas medidas si no es mediante asignaciones presupuestarias y reformas tributarias, que sólo se formalizan legislativamente.

en Europa continental, es el síntoma de una doble falla: como régimen democrático deficiente y como Estado de bienestar deficiente”⁶³.

“La reducción del sector administrativo encargado de facilitar la consecución de un Estado de bienestar puede llevar a una expansión del sistema judicial”, agrega Boaventura De Sousa Santos⁶⁴. “Teniendo en cuenta que los tribunales actúan en conflictos individuales y no colectivos, y la ambigüedad de aquellos, derivada de la relativa impredecibilidad de sus sentencias, los tribunales tienden a despolitizar la vida pública”.

Y advierte que “(...) los tribunales contribuyen a disolver el conflicto que puede surgir cuando se desmantela el Estado de bienestar. El sistema judicial inyecta así legitimidad al pacto social democrático de un Estado debilitado por la erosión de las condiciones que hasta entonces lo habían sostenido. La naturaleza transitoria de esta judicialización de la política deriva de que, atrapada en el dilema de tener toda la independencia para actuar, pero ningún poder para obligar a que se cumpla lo actuado, la promesa del activismo judicial puede pronto exceder de lejos aquello que los tribunales pueden conseguir realmente”⁶⁵.

Por otra parte, nos preguntamos ¿está en la competencia y en las posibilidades de un Juez coordinar los derechos de todo un grupo, cuando se traen a su decisión solamente casos individuales? Si no hay forma de transformar esto en un proceso colectivo -lo que no está tampoco entre las posibilidades de un magistrado, sino que requiere de la intervención de abogados y de algunas adecuaciones procesales-, está claro que el Juez no tiene esas facultades, y, en muchos casos, ni siquiera tiene la información suficiente para dimensionar las consecuencias de sus fallos.

Entendemos que están en mejores condiciones de coordinar los intereses competitivos los otros poderes del Estado, y, en ciertas situaciones, también la sociedad civil y los particulares que detentan ámbitos de poder.

No son menores las dificultades que se presentan cuando se procura encontrar respuestas para los múltiples sujetos, grupos, colectivos, que sufren la postergación de sus derechos por discriminación. Ya no estamos en la defensa de sus derechos frente a quienes no padecen esa desigualdad de trato, sino que tendremos que ponderar su prioridad para el acceso a sus derechos frente a otros sujetos, grupos o colectivos que atraviesan por la misma injusticia.

En este caso el compromiso igualitario nos impone balancear derechos o bienes primarios, y determinar a quién asignar el rol de árbitro decisor de estas demandas sociales en pugna.

“De todas las funciones, la de creación del derecho por parte de los jueces es la más problemática, sobre todo en los países de tradición jurídica europea continental...”

⁶³ DE SOUSA SANTOS Boaventura, *op. cit.*, pág. 423.

⁶⁴ DE SOUSA SANTOS..., *op. cit.*, pág. 426.

⁶⁵ DE SOUSA SANTOS..., *Ibidem*.

se trata de una creación precaria, intersticial y caótica...”⁶⁶.

La experiencia judicial reciente en nuestro país ofrece ejemplos significativos. Durante varios años la Administración Nacional de Seguridad Social postergó los debidos reajustes previsionales, con una estrategia de dilación, ya que las decenas de miles de juicios de jubilados, se resolvían individualmente. Así se postergó el pago de millonarios reintegros y, a la vez, se liberó de recomponer los haberes de quienes por no saber, no poder o no creer, nunca promovieron esos largos procesos judiciales.

Algo similar ocurre con las obras sociales, que pueden cumplir con los reclamos de provisión de medicamentos o de tratamientos a través del “goteo” de los amparos, en tanto no tienen efecto general. De otra manera tendrían que establecer algún criterio de prioridad, porque está claro que no están en posibilidades de otorgar esas prestaciones a todos los que están en las mismas situaciones.

Tratándose de la coordinación de intereses y de políticas redistributivas, la respuesta judicial siempre es insuficiente. Al resolver únicamente las cuestiones que se le someten a su jurisdicción, el Poder Judicial es meramente reactivo y su alcance es muy limitado, por el efecto relativo de sus resoluciones.

De esta manera, la prioridad en la asignación de recursos escasos se dirime por el orden de llegada, lo que en gran parte de los casos se puede asociar a condiciones sociales, económicas y culturales favorables.

La difusión de los procesos colectivos puede contribuir para que la jurisdicción tenga una perspectiva y por lo tanto, un alcance, más generalizados.

Como explican Holmes y Sunstein los derechos legales tienen “costos de oportunidad”⁶⁷: cuando se exige un derecho es preciso desistir de otros bienes valiosos, inclusive de otros derechos (dado que los recursos empleados para exigirlos son escasos).

“La conciencia de los costos en el campo de la exigibilidad de los derechos representa un serio desafío al poder judicial, justamente porque obliga a prestar atención a una gran variedad de demandas rivales contra el erario público, mientras que los jueces necesariamente están preocupados por una controversia en particular, definida en términos concisos”⁶⁸. “Que los Tribunales... no estén en condiciones de decidir cómo y a quiénes adjudicar qué derechos es sobrada razón para preocuparse por las consecuencias de la toma de decisiones judiciales en un sistema responsable de las finanzas públicas. Pero, puesto que la ley confía a los jueces la tarea de proteger derechos costosos, los estudiosos de la jurisprudencia no pueden razonablemente ignorar su costo”⁶⁹.

La conclusión de estos autores es que “cuando están involucrados juicios de

⁶⁶ DE SOUSA SANTOS Boaventura, *op. cit.*, pág. 101.

⁶⁷ HOLMES Stephen y SUNSTEIN Carl, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2012, pág. 244.

⁶⁸ HOLMES y SUNSTEIN ..., *op. cit.*, pág. 245.

⁶⁹ HOLMES y SUNSTEIN ..., *op. cit.*, pág. 246.

valor controvertidos, la toma de decisiones debe hacerse en forma abierta y democrática, Puesto que los derechos son resultado de decisiones estratégicas sobre la mejor manera de emplear los recursos públicos”⁷⁰.

El ámbito más propicio para tomar decisiones en forma abierta y democrática es un parlamento que debate públicamente y que convoca a los interesados para que expresen sus necesidades, sus intereses y sus argumentos, antes de resolver.

En el ámbito judicial, en cambio, salvo algunas experiencias de procesos colectivos o de la participación de *amicus curiae*, el Juez resuelve los casos aisladamente y a la manera de un médico de urgencias (aplicando la “norma de compasión”), aplicando la prioridad entre iguales, o entre los iguales que llegan al proceso judicial.

⁷⁰ HOLMES y SUNSTEIN ... *Ibidem*.

La igualdad como no-sometimiento como requisito para el pleno desarrollo de la autonomía personal⁷¹

Arrouy, Pedro Luis⁷²

1. Introducción

La esencia de nuestro derecho liberal descansa en la idea de que es valioso y esperable que cada persona, como mejor juez de sus propios intereses, tome las decisiones que guíen a su realización personal. Que sea hacedor de su propio destino.

Este principio fundante de la libertad individual, a poco que se ponga a andar, choca con las libertades y derechos de nuestros conciudadanos y conciudadanas. Fácil sería la realización personal de nuestro plan de vida si no tuviéramos reparo en restringir, limitar o directamente cercenar los derechos de otros en nuestro provecho. Tal actitud es inaceptable en una democracia republicana.

La libertad de la que hablamos se funda en el principio de autonomía personal, que establece que las personas son fines en sí mismas y que tienen la capacidad moral de discernir lo que es bueno y malo para ellas de acuerdo con el plan de vida que libremente han escogido para sí. Todos los restantes derechos, aunque quizá en algunos casos sea más evidente que en otros, se encuentran justificados en ese principio⁷³.

Esta tensión entre la extensión que le quiero dar a mis derechos y lo que los demás quieren hacer con los suyos fue rápidamente advertida por las primarias proclamas liberales, así los art 4 y 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano decían que *“la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás”* y *“la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para los demás”*.

Uno de los padres del liberalismo, John Stuart Mill, sostuvo que “hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés sólo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquella porción de la

⁷¹ Agradezco muy especialmente los aportes que me hiciera el Prof. Fernando Ronchetti para este trabajo.

⁷² Abogado, Profesor Adjunto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UNICEN.

⁷³ SABA, Roberto P., “Igualdad de trato entre particulares”, *Lecciones y Ensayos*, N° 89, Buenos Aires,UBA, 2011, pág. 217-276.

vida y conducta de una persona que la afecta solo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente⁷⁴.

2. Reconocimiento normativo de estos principios

Este principio liberal de la libertad y la autonomía personal fue explícitamente reconocido por el constituyente argentino en 1853 en el art 19 de la Constitución Nacional, como así también en el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en los ya mencionados arts. 4° y 5° de la Declaración Universal de los Derechos.

En lo que hace particularmente a nuestro texto constitucional, la tradición jurídica argentina ha sabido ver en el art 19 dos partes perfectamente diferenciadas, compatibles entre sí y que se comprenden mejor leyéndolo e interpretándolo de abajo hacia arriba.

Veamos, el segundo párrafo del art 19 establece que *“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*, este párrafo eleva a la libertad como principio general de nuestro sistema jurídico, sólo obstaculizada por la posibilidad de regulación por parte de la ley (art 14 C.N). En palabras coloquiales, todos nuestros actos estarán permitidos excepto que estén expresamente prohibidos. No hay mayores problemas en ello y a esta altura de nuestra joven práctica constitucional surge como algo intuitivo.

Ahora, ¿cuándo alguna acción podrá ser prohibida?, ¿qué razones pueden motivar al legislador para torcer el principio de libertad?

Estas preguntas son respondidas negativamente por nuestro constituyente en el primer párrafo del art 19, estableciendo una esfera impenetrable de intromisión estatal, *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”*.

Entonces, sólo se encontrarán sometidas a la autoridad de los magistrados, y por ende a la regulación legal -como precondition del párrafo segundo- las acciones que de algún modo ofendan al orden, a la moral pública o perjudiquen a un tercero. Como se advierte fácilmente, la dificultad, valga la paradoja, será encontrar la interpretación que demos a estos conceptos de orden, moral pública y perjuicio a terceros. En este punto nos encontramos en la necesidad interpretativa del texto normativo, topándonos con lo que Nino ha denominado como la paradoja de la indeterminación radical de la Constitución Nacional⁷⁵.

⁷⁴ Citado por NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 305.

⁷⁵ NINO, Carlos, S., *Fundamentos de derecho constitucional*, op. cit., pág. 77.

Una visión liberal e igualitaria del problema, como la de J. Rawls, nos dirá que a la hora de interpretar el art 19, “puesto que las libertades básicas sólo pueden ser limitadas cuando entran en conflicto entre sí, ninguna de estas libertades es absoluta; ni tampoco resulta exigible que, en el esquema de ajuste final, todas las libertades básicas gocen de igual alcance (sea lo que fuere lo que esto signifique). Lo exigible es que, cualquiera que sea el procedimiento por el que esas libertades se ajusten entre sí hasta formar un esquema coherente, ese esquema esté garantizado a todos los ciudadanos por igual”⁷⁶.

Esta formulación de principios nos indicaría que la moral pública es algo diferente a la suma de morales privadas, o lo que es lo mismo, la moral de las mayorías circunstanciales. Ello por cuanto pensar lo contrario implicaría entrar en contradicción con el principio de libertad, dado que sí solo las leyes -normas jurídicas dictadas por las mayorías democráticas- pueden limitar el ejercicio de los derechos (principio de legalidad) no sería lógico que *la moral pública* sea lo que estas mismas mayorías dispongan o entiendan como límite a la interferencia estatal.

Por ello, sólo puede definirse a la moral pública como algo diferente a los valores de la mayoría, como un valor de relación, es decir, como la obligación estatal de extender los diversos ámbitos de libertad individual, que tienda a maximizarlos y eventualmente limitarlos con la exclusiva finalidad de asegurar el marco de libertad de todos los individuos.

Entonces, si estamos de acuerdo con el principio de que la comunidad no puede imponer modelos de virtud personal ni evaluar el contenido de los diversos planes de vida, la moral pública debe ser una moral intersubjetiva, de relación. Es decir, el único valor que puede sostener la comunidad es aquel que protege a los individuos de intromisiones arbitrarias en su marco de libertad⁷⁷.

Así lo entiende Nino, al sostener que “...es necesario advertir que el art. 19 ofrece una magnífica oportunidad de receptor el principio de autonomía de la persona, que es el núcleo de una concepción liberal de la sociedad, solo en la medida en que las descripciones acciones privadas de los hombres, acciones que no ofendan al orden y a la moral pública y acciones que no perjudiquen a terceros se entiendan como coextensivas, vale decir, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones: las acciones son privadas en la medida en que solo ofendan a una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio a una moral pública constituida por pautas que valoran tales acciones por sus efectos dañosos o beneficiosos sobre terceros”⁷⁸.

⁷⁶ RAWLS, John, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2006, pág. 332.

⁷⁷ RÚA, Juan C, “Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios”, *La Ley*. DPyC 2018 (abril), 13/04/2018, 32.

⁷⁸ NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, op cit., pág. 317.

Este derecho protege “la libertad de realizar cualquier acción que no cause daño a los demás”⁷⁹, y en ese marco afirma “la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana y veda la interferencia con esa libre elección sobre la base de que el plan de vida o el ideal al que responde una acción es inaceptable”. En sentido similar, Gelli considera que protege “la libertad de elegir (...) el propio plan de vida, no sólo frente al Estado sino también ante las preferencias y pese a las reacciones de terceros”. Para Bidart Campos se trata de “la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañan a otros)”⁸⁰.

3. ¿Qué han dicho las Cortes en cuanto a la privacidad?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha entendido que el derecho a la privacidad “otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”⁸¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha interpretado el derecho a la “vida privada” previsto expresamente en el primer supuesto del art. 11.2 de la CADH, como aquel que protege “la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior”⁸² (el subrayado me pertenece). En cuanto a su protección, “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”⁸³.

A partir de todo ello, el derecho a la privacidad puede sintetizarse como aquel que toda persona tiene a elegir libremente su plan de vida, sus modelos de virtud personal y sus preferencias morales, y a realizar libremente acciones que no provoquen un daño relevante a terceros, y que veda al Estado u otros individuos la posibilidad de interferir en ellas.

Siguiendo a Nino, con quien coincide Gelli, la doctrina y jurisprudencia han

⁷⁹ NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, op cit., pág. 304.

⁸⁰ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2009, pág. 522.

⁸¹ CSJN, “D. M. A. s/declaración de incapacidad”, consid. 19.

⁸² Corte IDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) v. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 257, párr. 143.

⁸³ Corte IDH, 1/7/2006, “Masacres de Ituango v. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 148, párr. 194.

confundido sistemáticamente el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad. Si bien el primero presupone al segundo, se trata de dos conceptos diferentes, cuya regulación se encuentra en artículos distintos de la Constitución. La privacidad a la que alude el art. 19 de la CN, se refiere a acciones privadas “*no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público, sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente*”⁸⁴.

Más allá de estas apreciables diferencias, el punto que queremos destacar como real extensión del derecho a la autonomía personal es que, en la mayoría de los casos, y principalmente en sociedades tan desiguales como las nuestras, la elección del propio plan de vida se ve obstaculizado en su realización por límites materiales que exceden el marco de no intervención de terceros o del mismo Estado.

Parece hoy bastante consolidada la idea de que el Estado no puede tomar posturas perfeccionistas y que las regulaciones paternalistas que ocasionalmente tome deben estar fuertemente justificadas en el bienestar general y ser muy cuidadosas de no desvirtuar la esencia de los derechos individuales. También hemos llegado a acuerdos robustos en entender como muy sospechosa de inconstitucionalidad toda intromisión del Estado en nuestras esferas privadas, como la elección sexual, la confesión religiosa o las opiniones políticas que profesemos, por citar solo algunos ejemplos.

4. ¿Pero esta abstención del Estado y de terceros garantiza plenamente la realización de nuestro plan de vida?

En 1997, en la ya famosa conferencia de Isaiah Berlin en la Universidad de Oxford⁸⁵ se propuso una mirada distinta a las pretensiones de John Stuart Mill⁸⁶ de

⁸⁴ NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, op. cit., pág. 304. La privacidad se vincula al contenido de los actos, que se entenderán privados en tanto sólo afecten al propio agente y no dañen a terceros, sin importar el lugar o el medio en que son realizados. En cambio, la intimidad se refiere a un ámbito exento del conocimiento generalizado de otros. El derecho a la intimidad, si bien se desprende del art. 19 de la CN, como tantos otros derechos, se encuentra regulado específicamente en el art. 18 de la CN, en tanto se protege el domicilio, los papeles privados y la correspondencia epistolar.

⁸⁵ “*A mí me parece que lo que preocupa a la conciencia de los liberales occidentales no es que crean que la libertad que buscan los hombres sea diferente en función de las condiciones sociales y económicas que éstos tengan, sino que la minoría que la tiene la haya conseguido explotando a la gran mayoría que no la tiene o, por lo menos, despreocupándose de ella. Creen, con razón, que, si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos aún deben disfrutarla a expensas de otros. Igualdad y libertad, no tratar a los demás como yo no quisiera que ellos me trataran a mí, resarcimiento de mi deuda a los únicos que han hecho posible mi libertad, mi prosperidad y mi cultura; justicia en su sentido más simple y más universal: estos son los fundamentos de la moral liberal.* Esta conferencia fue dada como «Inaugural lecture» en la Universidad de Oxford el 31 de octubre de 1958, y publicada ese mismo año por la Clarendon Press.

⁸⁶ STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, Capítulo I, Madrid, Alianza, 1993.

entender la libertad como no-injerencia estatal en las decisiones de las personas (libertad negativa).

Berlín propuso la existencia de una libertad positiva que se funda en la necesidad de que estas libertades participen en igualdad de condiciones de la empresa colectiva del autogobierno;⁸⁷ sosteniendo que la libertad de las personas incorpora el dato de la pertenencia a un colectivo libre de autodeterminarse, consistiendo en eso el régimen democrático de gobierno.

Rawls, en su ya célebre idea de la “justicia como equidad”, afirma que personas racionales dentro de un velo de ignorancia acordarían como principios de justicia que: I) toda persona debe tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con su sistema similar de libertad para todos; II) las desigualdades sociales serán admisibles y serán reguladas, en la medida que: a) sean para beneficio de todos o, al menos, una ventaja para los que se encuentran en una situación económica de inferioridad, y b) además, será necesario que los diversos cargos a los que están vinculados beneficios y cargas especiales sean accesibles a todos⁸⁸.

En lo que respecta al primer principio, Rawls supone que toda persona racional tiene un “plan de vida” y que, aunque tales planes sean diferentes según cada individuo, todos ellos requieren para su realización ciertos “bienes primarios” naturales y sociales. A su vez estos principios se dividen en grandes categorías: derechos y libertades, oportunidades y poderes, ingresos y riquezas, teniendo entre ellos una relación de prioridad, otorgando a la libertad una prioridad “lexicográfica” y suprema. Esto significa que, en una sociedad mínimamente desarrollada, la libertad solo puede ser limitada por la libertad de los demás⁸⁹. Esta pretensión de libertad y autonomía personal - “Plan de Vida” - no es sostenible con la sola pretensión abstencionista del Estado.

Como señalan Holmes y Sunstein⁹⁰, si los derechos fueran meras inmunidades a la interferencia pública, la virtud suprema del gobierno (en relación con el ejercicio de los derechos) sería la parálisis o la invalidez. Pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera las que parecen “negativas”.

El ejercicio pleno de los derechos, incluso aquellos que encarnan la esfera misma de la privacidad, requieren de una respuesta gubernamental afirmativa. “La financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por

⁸⁷ BERLÍN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad*, en su libro Cuatro ensayos sobre la libertad, Madrid, Alianza Universidad, 1993, pág. 19.

⁸⁸ RAWLS, John, “Justicia como equidad”, Revista española de control externo, Vol. 5, N° 13, 2003, pág. 129-158.

⁸⁹ ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, pág. 161 y 162, citado por Grajales Amos A. Negri Nicolás en *Argumentación Jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 2017, pág. 292.

⁹⁰ HOLMES, Stephen –SUNSTEIN, Cass, R., *El Costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores, 2011, pág. 64.

los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual. Todos los derechos son, entonces, derechos positivos⁹¹, sostienen los autores.

Entonces llegamos hasta aquí para sostener que el Estado abstencionista puede muchas veces ser ineficiente para proteger la autonomía personal. Sostuvimos que el principio de autonomía afirma que es valioso por sí mismo que cada persona pueda elegir sin interferencias un ideal de excelencia para guiar su conducta o desarrollar su plan de vida⁹².

Llegado a este punto podríamos identificar dos planos de la autonomía personal, el que es propiamente autorreferente, que implica el desarrollo y goce de derechos personalísimos, los que, desde una mirada individual del problema, fueron protegidos por nuestra legislación y jurisprudencia: la elección sexual, la libertad ideológica, la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la negativa a recibir algún tratamiento médicos, entre otras. Todas cuestiones muy ligadas a las preferencias personales que cada individuo libre puede tomar para su individualidad.

Ahora, hay otro ámbito que requiere una exploración mayor, que es también decisiva para la realización del plan de vida de las personas, más allá -aunque englobando- la protección de esa esfera de privacidad, que es el escenario público de las oportunidades.

5. ¿Por qué la igualdad material importa?

Es muy claro que en sociedades tan desiguales como las nuestras hay grupos que se encuentran relegados y desaventajados en la búsqueda de su propio ideal de realización, sectores de la sociedad que históricamente han estado excluidos, implicando esta segregación estructural un condicionante muchas veces inmodificables para sus planes de vida.

Como tan claramente lo señala el Prof. Saba, en Argentina casi no hay normas que excluyan a las mujeres, a las personas con discapacidades, a los indígenas o a otros grupos -a veces llamados “vulnerables”- del ejercicio de los derechos a ser elegidos para

⁹¹ STEPHEN, Holmes- SUNSTEIN, Cass, R., *El Costo de los Derechos...*, op cit., pág 69.

⁹² Este principio ha originado muchos problemas frente a posiciones perfeccionistas. En general, sus opositores dicen que la defensa de este principio presenta rasgos contradictorios. Algunos plantean que implica un escepticismo acerca de lo bueno, o acerca de la vida buena. Otros dicen que es contradictorio porque, al tiempo que establece la libertad de elegir planes de vida, no obstante, defiende un valor determinado, algo que se califica como bueno y que es la propia autonomía. Nino refuta estas críticas al sostener que estas críticas confunden la concepción de lo bueno con los planes de vida o los ideales de excelencia humana. Afirma que sin duda esta posición liberal implica una cierta concepción de lo bueno: la autonomía de las personas en cuanto a la elección de planes de vida es intrínsecamente buena. Pero esto no conlleva la defensa de un cierto plan de vida o un cierto ideal de excelencia como intrínsecamente bueno. Lo que defiende como intrínsecamente bueno es la libertad de las personas para elegir planes de vida o para adoptar ideales de excelencia o virtud personal que orienten su conducta. NINO, Carlos S., *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pág.127.

los cargos públicos, trabajar en la administración pública, acceder a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, *de hecho*, alcanzar esas metas es para ellos “sólo palabras”, y esto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan⁹³.

Si concebimos la igualdad que consagra nuestra Constitución, sólo como un ideal básico de igualdad de trato ante la ley, libre de caprichos, arbitrariedades o prejuicios por parte del Estado (igualdad como no discriminación), está resultará insuficiente a la satisfacción de las necesidades de ciertos grupos para poder tomar decisiones vitales en cuanto a su propio destino, una mirada *individual* del problema de la igualdad no soluciona el problema propuesto.

Se requiere una mirada que “corra la mampara”⁹⁴ que impide ver las diferencias estructurales que arrastran las personas por pertenecer a un grupo o género y advierta la necesidad de que el anhelo liberal de la libertad se realiza con políticas públicas que tiendan a garantizar, a determinados ciudadanos, las herramientas para poder definir y buscar sus legítimos intereses. Lógico es que el Estado no puede dar a cada uno lo que desee, porque esos deseos muchas veces surgen de bienes escasos o disputados, lo que se intenta pensar, desde una mirada igualitaria, es que las personas no deben nacer y permanecer condenadas a no tener ninguna posibilidad de auto-realizarse.

El principio de igualdad como no-sometimiento, sin desconocer, es sensible a las condiciones de hecho en las que opera, e incorpora el dato del contexto social en su comprensión de lo que la norma demanda. Según esta mirada de la igualdad, resulta inadmisibles que se constituyan en una sociedad grupos o castas cuyos miembros gozan, de hecho, o de derecho, de menos derechos que el resto de las personas, o que sufren su afectación por el hecho de pertenecer a esos grupos. Esta concepción de la igualdad o de la desigualdad, a veces llamada estructural, demanda del Estado la obligación de dismantelar esas situaciones de exclusión o de sometimiento, al punto de generar incluso el permiso –o la obligación– de realizar distinciones fundadas en criterios que no son funcionales a los fines estrictos de la regulación, dando lugar a lo que se denominan

⁹³ SABA, Roberto, *Más allá de la Igualdad formal ante la Ley*, Buenos Aires, Editorial Siglo veintiuno, 2016, pág. 31.

⁹⁴ SABA, Roberto, *Más allá de la Igualdad...*, ob cit., pág. 51. cita el ejemplo de que en un claro ejercicio de igualdad como no discriminación, los electores de un grupo de música en los EEUU decidieron - para no ver las diferencias - poner una mampara y solo escuchar la música y las virtudes de los intérpretes. Terminada la selección advirtieron que los elegidos no distaban de ser parte de los grupos aventajados que siempre habían conformado la banda. “ la ignorancia o la ceguera no siempre son señales de neutralidad (...) y la aplicación de un derecho ciego a las diferencias puede tener como consecuencia cierto tipo de trato desigual no justificado desde un enfoque diferente del principio de igualdad” (pág. 52).

acciones afirmativas. Estas acciones⁹⁵ no derivan de la clásica noción de igualdad como no-discriminación, sino que son consecuencia de la idea de la igualdad como no-sometimiento⁹⁶.

La igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o exclusión alude al imperativo moral de la igual libertad como precondition de la autonomía de las personas⁹⁷.

Finalmente y como sintética conclusión hemos querido proponer, en hombros de grandes juristas, indicios para una mirada de protección de la autonomía personal que no solo se centre en su versión más individual, en faceta de “no interferencia”, de “libertad negativa” sino que advierta que no habrá un verdadero y pleno desarrollo del plan de vida si no se derriban las causas estructurales que han desaventajado a buena parte de nuestros y nuestras pares en la búsqueda de su realización personal, que en definitiva creemos es el anhelo que albergó el constituyente y como debe interpretarse el art 19 de la Constitución Nacional.

⁹⁵ El art 75 inc. 23 de la Constitución Nacional expresamente instruye al legislador para que: *Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*

⁹⁶ SABA, Roberto P., “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Gargarella, Roberto (direct.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 695-742.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald “(...) ahora nuestra interpretación de la libertad empieza a depender de nuestra previa interpretación de la igualdad. Esto no debería sorprendernos porque los dos principios del individualismo ético que hemos venido perfilando son parte de una misma actitud ética global, y así debemos comprender la una a la luz de la otra”. “¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?”, en *Vivir como iguales*, P. Barker (edit), Barcelona, Paidós, pág. 74.

La dignidad humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones sobre técnica legislativa

Lapenta, Lucía Irene⁹⁸

Rodríguez Cracco, Beatriz⁹⁹

El lenguaje comporta una condición constitutiva indispensable para el Derecho, a tal extremo que resulta imposible imaginar el mundo jurídico sin contar con la existencia previa del lenguaje. A diferencia de los ordenamientos morales, sociales o religiosos, el ordenamiento normativo -y el fenómeno jurídico como tal- se expresa y se desarrolla necesariamente a través del uso del lenguaje.

Ahora bien, presentar al derecho y su vínculo con el fenómeno lingüístico no resulta una tarea novedosa. La relación entre derecho y lenguaje ha sido presentada desde antaño por grandes juristas como Hans Kelsen (1979), Werner Goldschmidt (1967), por los pensadores pertenecientes a la línea de la filosofía analítica como Alf Ross (1970), Hare (1975), a la filosofía del lenguaje como Austin (1982), y a la teoría de la argumentación como Alexy (1989) o Aarnio (1995), entre muchos otros. Así también, pueden nombrarse juristas más contemporáneos como Genaro Carrió (1994), Carlos Santiago Nino (1998), Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (2006), que refieren a la problemática del lenguaje de la ley y postulan la interpretación como camino para conocer la naturaleza de la norma. Sin embargo, recuperar la reflexión sobre esta condición lingüística del fenómeno jurídico comporta un buen punto de partida para este artículo, en el marco de esta obra titulada “Persona, autonomía y protección en la teoría del derecho”, donde nos proponemos realizar una mirada reflexiva acerca de cuestiones de técnica legislativa desde su parte interna o sustancial, es decir, los requisitos del texto legal para que sus disposiciones logren las indispensables calidades de certeza

⁹⁸ Doctora y Magister en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco. Docente en la asignatura Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho, UNICEN. Integrante del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales (IEJUS) de la Facultad de Derecho, UNICEN.

⁹⁹ Abogada por la Facultad de Derecho, UNICEN. Docente en la asignatura Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho, UNICEN.

o seguridad jurídica, unidad, orden, precisión, flexibilidad y claridad,¹⁰⁰ que se presentan como herramientas para la protección de la persona humana, y en particular, la noción de dignidad humana.

A nuestro entender, el lenguaje jurídico entendido como discurso, integra una complejidad compuesta tanto por las palabras como por los silencios y los sentidos que emergen a partir de la interpretación de los vocablos. En este sentido, la lengua usualmente catalogada como un modo para expresar, comunicar y ordenar las múltiples formas de representación de la realidad, adopta dentro del mundo jurídico algunas funciones peculiares. Más allá de la función de comunicación o de transferencia de información, el lenguaje jurídico se destaca por adoptar principalmente una función prescriptiva y luego también una función descriptiva, en tanto denota y connota significantes, valores, y transparenta la condición de complejidad propia del derecho como objeto de estudio. Así también, cabe destacar que el lenguaje jurídico forma parte de una cultura jurídica más amplia; cultura que entendemos se encuentra actualmente virando hacia una clara orientación humanista, en tanto promueve la protección de la persona en sus diferentes roles y dimensiones. En materia de lenguaje jurídico e información jurídica, se habla hoy del derecho a comprender,¹⁰¹ este derecho del ciudadano implica tanto precisión técnica, como la claridad y comprensibilidad del texto normativo.

Concebir un régimen jurídico como humanista implica partir de señalar que la persona, estatuida como centro del ordenamiento jurídico, no debe convertirse en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses. En este sentido, el humanismo como concepción filosófica hace énfasis en el valor de las personas, considerando que el ser humano resulta dotado de dignidad en la medida en que se posiciona siempre como sujeto, y no como objeto¹⁰².

Dentro del mundo jurídico, la condición de dignidad se postula principalmente como un atributo predominante de la persona humana. De esta manera, la dignidad se posiciona como un eje transversal que fundamenta gran parte del derecho, estipulando todas aquellas condiciones y espacios que permiten la expresión y expansión de la persona como ser único. Así, en miras a la noción dignidad, se concibe el desarrollo de la persona desde en un plano individual, dentro de un esquema de libertad y autodeterminación; como así también en su actuación dentro de un plano de sociabilidad que excede su propia esfera individual, dentro de un esquema de igualdad y diversidad¹⁰³.

¹⁰⁰ CLAVEL BORRAS, Javier, *Introducción a la técnica legislativa*, Buenos Aires, Edición del autor, 2008, pág. 37.

¹⁰¹ Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, 2011.

¹⁰² Inmanuel Kant introduce la noción humanista en la modernidad, a través de su regla del imperativo categórico: “obra de manera de tratar a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio”.

¹⁰³ La libertad se establece como elemento central de todo régimen de derechos y facultad fundamentadora

Como término individual el concepto dignidad humana encierra en sí mismo una multivocidad. Más allá de los caracteres de autonomía moral y racionalidad que plantea la definición kantiana, consideramos que hoy la noción de dignidad se integra también con otros contenidos. Se suma la revalorización de la conciencia humana, en ambos planos de racionalidad e irracionalidad, y la imagen del sujeto como ser responsable, libre, autónomo y diferente. Es decir, la noción dignidad implica hoy considerar una comprensión integral y final del ser humano; integral en tanto completa y compleja, y final en tanto la persona conforma un fin y valor en sí misma.

Ahora bien, más allá del alcance del contenido sustancial de la noción de dignidad, nos interesa proponer aquí un análisis desde un plano formal lingüístico, observando en particular cómo la técnica legislativa dentro del nuevo Código Civil y Comercial impacta en una mayor consciencia o protección de la dignidad humana.

La técnica legislativa entendida como herramienta permite desarrollar una observación crítica sobre los problemas técnicos del lenguaje y los intereses en juego, sobre los defectos de la ley, las problemáticas derivadas del lenguaje vago o ambiguo, las lagunas, las contradicciones e incoherencias, la estructura tanto de las normas como del cuerpo normativo. Es decir, se trata de una técnica que aporta instrumentos analíticos útiles a fin de observar el proceso de creación del lenguaje normativo. Ello implica considerar las instancias previas y posteriores a la elaboración normativa, donde surgen las condiciones jurídico-lingüísticas, pero también los factores históricos, socio-políticos y filosóficos que intervienen durante la elaboración, aprobación, publicidad, evaluación y revisión de las normas jurídicas.

Atendiendo en particular al nuevo Código Civil y Comercial, es posible identificar a grandes rasgos dos tendencias íntimamente vinculadas entre sí: una tendencia hacia la sencillez lingüística¹⁰⁴ y una tendencia hacia la flexibilidad normativa.

De este modo, por un lado, se instaura la idea de simplificar el mensaje y de aportar claridad en la redacción y en la estructura formal de las proposiciones normativas.

Por otro lado, se plantea la necesidad de orientar los textos normativos en cercanía a lo cotidiano, al lenguaje de lo propiamente humano. Así el nuevo Código Civil y Comercial ha intentado acortar la distancia entre el lenguaje técnico creado mediante el proceso legislativo, y aquel otro lenguaje de tipo más explicativo, utilizado por los juristas, jueces e investigadores del derecho que intentan acercar la terminología jurídica

propia de todo humanismo jurídico. La libertad es una condición que dignifica al hombre, en tanto le permite el ejercicio de sus derechos. Hoy la libertad no se visualiza exclusivamente desde un plano de individualidad, como autodeterminación, sino también desde lo colectivo, concibiendo los espacios públicos como aquellos espacios comunes de concertación, de discusión y de reflexión como espacios de libertad del individuo.

¹⁰⁴ Locución que implica tanto claridad de la norma, en el sentido de lograr una correcta sintaxis, como de comprensibilidad de la misma lograda a partir del uso de términos del lenguaje ordinario y de las definiciones que determinan el significado de términos ambiguos o dotados de vaguedad.

a un plano de fácil comprensión, propio del lenguaje natural, de la lengua ordinaria de los ciudadanos.

Por otra parte, el texto del nuevo Código Civil y Comercial también incorpora una mayor flexibilidad en la letra de la norma, a través de la incorporación de elementos como principios, valores o conceptos indeterminados. Si bien la presencia de ciertos principios ya estaba planteada en el Código Civil de Vélez con un carácter supletorio o alternativo, dentro del nuevo Código Civil y Comercial estos principios se posicionan con una función de integración y control axiológico.

A nuestro entender, las dos tendencias que aquí se identifican acompañan los requerimientos de la complejidad propia de los tiempos posmodernos. Tanto la sencillez en la letra de la norma que plantea el texto del nuevo Código Civil y Comercial como estrategia de técnica legislativa, como también idea de la flexibilidad del texto, responden a la necesidad de una cierta capacidad de adaptación del instrumento normativo a una realidad sumamente cambiante, donde la interpretación se consolida como una tarea indiscutible. Ambas tendencias en la codificación en materia civil y comercial pasan a configurar ingredientes del mismísimo derecho al acceso a la justicia. Ello, en tanto el ejercicio de los derechos y la actuación dentro del mundo jurídico implican necesariamente la comprensión por parte del sujeto, supuesto que hoy se entiende debe ser garantizado, configurando de este modo el derecho a comprender.

Hasta aquí hemos planteado algunas cuestiones de importancia en materia de técnica legislativa en general. Ahora bien, analizaremos en la redacción del Código Civil y Comercial, cómo algunas de estas cuestiones impactan en la dignidad humana.

En primer, lugar y para introducirnos en el análisis del texto es importante hacer referencia a la estructura del cuerpo normativo. El Código Civil y Comercial está estructurado sobre la base de un título preliminar y seis libros. El libro primero: parte general, dividido en cinco títulos, el primero de ellos titulado Persona humana, dentro de éste un capítulo que regula los derechos y actos personalísimos.

En torno a la claridad, contribuye a la inteligibilidad el hecho de que el Código contenga una estructura interna con epígrafes¹⁰⁵ en cada una de sus divisiones, incluyendo el mismo a todos y cada uno de los artículos. Esta característica mejora y agiliza la ubicación de las normas por parte del destinatario de la legislación sistematizada ya que el epígrafe permite acceder al contenido de cada división estructural, constituyendo los artículos la división básica del Código.

El título preliminar del Código muestra una clara referencia a los derechos humanos, en el artículo primero menciona los tratados de derechos humanos como fuente de aplicación, y en el segundo en cuanto establece los métodos de interpretación, menciona “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”.

¹⁰⁵ Título de cada una de las divisiones internas del cuerpo normativo.

Ya en materia de terminología, para comenzar, el artículo 2º establece “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras (...)”, -destacamos la redacción en forma positiva a diferencia del artículo 16 del Código Civil¹⁰⁶, así de acuerdo al orden en la redacción, el primer método de interpretación es el literal (desde los elementos gramatical y lógico)¹⁰⁷, es decir el destinatario de las normas deberá comprender el texto legal accediendo al mismo a partir del análisis morfológico, sintáctico y léxico.

En torno a la cuestión terminológica, el Código legisla partiendo del término persona humana, la elección de este término no resulta ser un detalle menor, considerando que este contiene un mayor grado de comprensibilidad para la ciudadanía, a diferencia del Código Velezano, que utilizaba el término “persona de existencia visible”. Al utilizar el término persona humana, el texto legislativo se acerca a los destinatarios de la norma utilizando un lenguaje común, que resulta ser más específico y le da un tinte netamente humanista.

Si bien podemos afirmar que el Código se caracteriza por la homogeneidad terminológica, indiscutiblemente aconsejada desde una buena técnica legislativa, ya que se presenta como una condición que facilita la interpretación sistemática del cuerpo normativo, advertimos que en el artículo 58 hace referencia a seres humanos¹⁰⁸, cuando determina bajo qué condiciones permite la investigación médica en ellos.

En suma, todo lo referido a la persona humana o ser humano se encuentra netamente vinculado a su dignidad y el orden jurídico la tutela máximamente.

En materia de derechos personalísimos, el Código destina un capítulo a su regulación. El artículo 51 contiene la declaración de inviolabilidad de la persona, establece el derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad y en consonancia con este reconocimiento establece el derecho a la prevención y reparación de cualquier menoscabo a la dignidad personal. Esta declaración de inviolabilidad se constituye en una norma de textura constitucional¹⁰⁹.

En materia de actos jurídicos el Código hace referencia explícita a dignidad humana, en el artículo 279 cuando establece que el objeto de los actos jurídicos no debe ser lesivo de la dignidad humana.

Ya en materia contractual, el artículo 1004, estatuye que no pueden ser objeto de los contratos (...) los hechos contrarios (...) a la dignidad de la persona humana. Equiparando de esta manera moral, orden público y dignidad humana.

¹⁰⁶ “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

¹⁰⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ta. edición, Buenos aires, Lexis Nexis, 2005, pág. 255.

¹⁰⁸ Creemos que el uso del término seres humanos resulta más propio de las ciencias biológicas.

¹⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley. 2016, pág. 252.

El artículo 1097, referido a materia de contratos de consumo, establece condiciones de trato digno, haciendo referencia explícita que “la dignidad de las personas debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos”; consagra de esta manera la dignidad del consumidor.

La organización de los derechos fundamentales en el Código gira en torno a dignidad humana.

Establece la protección de la persona en distintas etapas de la vida y en distintas posiciones o roles dentro de la vida en sociedad (consumidor, trabajador, usuario, padre, situaciones de vulnerabilidad, relaciones de dominación).

Reconoce la persona en su diversidad (la protección de diferentes culturas). Entendemos que el desafío actual del mundo jurídico consiste en repensar la naturaleza de lo humano en un marco de incertidumbre y complejidad. En esta línea, el texto del nuevo Código Civil y Comercial presenta planteos novedosos sobre los conceptos de dignidad, capacidad, libertad, autonomía, multiculturalismo, entre tantos otros, en miras a lograr una mayor y mejor protección de la persona humana.

En consonancia con esta tendencia humanista, el lenguaje jurídico plantea su propia adaptación de carácter endógeno. Así, desde el punto de vista de la técnica legislativa, se avisa una tendencia a reconfirmar las limitaciones del lenguaje normativo. A su vez, se plantea un rechazo por los esquemas lingüísticos rígidos y una revalorización de los espacios para la ponderación y la interpretación.

Si bien permanecen aquellos desafíos lingüísticos -que podríamos indicar como atemporales- de lograr cierta transparencia, unidad, coherencia y armonía dentro del texto normativo y las soluciones que lo integran, la noción de dignidad plantea además un reto muy profundo dentro del plano del lenguaje jurídico: la idea de entender y perfeccionar la relación entre el lenguaje y la realidad, entre derecho y realidad.

En estos términos, el Derecho en su conjunto se posiciona en la actualidad como una herramienta que permite identificar -o mejor aún, descubrir- dentro de la realidad social aquello que resulta esencialmente humano, y protegerlo. Incluso desde una perspectiva más amplia, pensar el Derecho también supone visualizar el derecho como una construcción social integrada e influenciada por todas las esferas humanas que circundan lo jurídico: lo económico, lo social, lo político, lo cultural, lo ético. En este orden de ideas la codificación y unificación de las normas de derecho civil y comercial conforma una excelente oportunidad para que los ciudadanos tengan mejor acceso a la comprensión del sistema que regula la vida del hombre, en sus diversas manifestaciones y relaciones, desde antes del nacimiento y hasta después de su muerte, en clave de una mayor claridad y comprensibilidad.

En suma, pensar el Derecho hoy implica pensarse el hombre a sí mismo, como persona. Pensar el Derecho hoy implica plantear una lectura de lo jurídico en clave

humana, considerando cada persona como ser único, irrepetible y complejo en sí mismo. Hemos intentado demostrar como algunas cuestiones de técnica legislativa aplicada al texto del nuevo Código Civil y Comercial reflejan abiertamente esta condición.

CAPÍTULO II

La protección de la persona en las diversas ramas del mundo jurídico

El dilema y los límites en el sistema de Derecho privado argentino¹¹⁰

Nicolau, Noemí, Lidia¹¹¹

Un refrán español muy sabio afirma que “*Si no se puede lo que se quiere, hay que querer lo que se puede*”, con fuente en un proverbio latino aconseja no aspirar a lo imposible. Sabiamente indica los límites que enfrentamos los seres humanos y también las sociedades. Planteo esta cuestión para compartir con ustedes porque percibo que es una de las causas más profundas de nuestras desazones.

En la sociedad actual, al menos en Argentina y en Latinoamérica, queremos países con mejor calidad de vida para todos, económicamente más desarrollados, queremos una sociedad con verdadero progreso e igualdad. Nuestra historia y la situación de estos tiempos parece indicar que no podemos alcanzar nuestros deseos colectivos. Si nos interrogamos acerca de nuestras pretensiones no parece que queremos demasiado pero, aun así, no podemos, no podemos hacer que nuestros pueblos progresen. Es que las dificultades son múltiples, profundas y de larguísima data. Quizás si atendemos al refrán, si somos realistas y aspirando a mucho, mirando alto, nos ajustamos a querer lo que podemos, posiblemente podremos llegar más allá.

Trasladando la máxima del refrán y nuestra preocupación al mundo jurídico se evidencia que queremos un sistema de derecho como instrumento eficaz para garantizar la justicia, con progreso e igualdad. Parece que queremos demasiado y no podemos.

Si se circunscriben esas ansias tan elevadas, al más pequeño, pero no menos importante ámbito del Derecho privado, queremos consolidar un derecho que facilite instrumentos eficaces para promover y garantizar relaciones equitativas entre particulares, institutos que propicien el bienestar de todas las personas, su verdadera personalización y el progreso económico. Prontamente se advierte que los desafíos son cada vez mayores y que el Derecho privado no alcanza a dar respuestas, no es útil para cambiar la realidad

¹¹⁰ Texto de la disertación pronunciada el día 5 de abril de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

¹¹¹ Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, UNLitoral. Doctora Honoris Causa por la UNICEN. Directora de la Maestría en Derecho Privado, Facultad de Derecho, UNR. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho Civil, Facultad de Derecho, UNR. Profesora e Investigadora Superior del Consejo de Investigaciones de la UNR.

que nos abruma. Porque no podemos la desesperanza puede arrastrarnos y, entonces, siguiendo el refrán, habrá que interrogarse de nuevo si no podemos porque queremos demasiado para este tiempo.

Como es sabio querer lo que se puede, pienso que en el mundo del Derecho privado podemos ahora continuar y acentuar el lento proceso de mejora emprendido a fines del siglo XX y principios de este. Debemos pretender que el Siglo XXI nos permita encontrar el mejor camino para hacer la justicia entre los particulares, encontrar las normas más justas, adecuadas y efectivas, es decir, normas que no solo sean justas sino que se cumplan. En este siglo debemos concretar los nuevos perfiles del Derecho privado en su aplicación práctica, para lo cual hay que preguntarse cuál es el mejor camino, la mejor opción. Esa es la cuestión.

Trataré de explicar desde mi perspectiva, en la forma más breve posible, qué podemos hacer ahora para elegir nuestra mejor opción.

En primer lugar es evidente que no queremos continuar apegados a las normas legales iusprivatistas del siglo XIX. Como es bien sabido, el derecho privado argentino, originariamente, en el siglo de nuestra codificación, era un sistema anclado en el poder del legislador, como todos los ordenamientos de la familia occidental continental. El Código civil fue un código del poder, se dictó como un instrumento más para la realización del modelo político económico de la república naciente. Durante gran parte del siglo XX el poder del legislador argentino echó sus raíces en el positivismo jurídico, teoría predominante en el Derecho privado. En los códigos el legislador estableció los límites precisos de las relaciones entre particulares y, en consecuencia, la función del juez fue decir la ley. Claramente, ese no es el derecho que queremos.

Para hacer la justicia del caso concreto, es posible elegir otra opción. Podríamos optar por un sistema en el que las normas legales faculten a los jueces para resolver según las circunstancias. De ese modo el poder se distribuye porque el legislador le reconoce facultades al juez para intervenir en las relaciones entre particulares y es éste quien decide según las circunstancias. Desde principios del siglo XX, superando al positivismo, el Derecho privado fue haciendo un proceso diferente, muy lento y progresivo. Fue adquiriendo forma la antítesis del modelo positivista con François Gèny al frente, el gran precursor del derecho vivo.

Ese modelo no positivista se profundiza en la segunda mitad del siglo XX. Se va admitiendo la función del juez es decir la ley, pero también contemplar la realidad del caso, sus circunstancias. De ese modo el poder del legislador que dicta sus normas generales y abstractas, se atenúa cuando va reconociendo ciertas facultades a los jueces. Esto implica una opción diferente, pues se admite que el juez pueda contemplar las circunstancias del caso en el marco de la regla que delimita las condiciones. Se trata de un sistema de reglas que, como dice Dworkin, tienen condiciones de aplicación cerradas,

en el sentido de que consisten en una serie de propiedades establecidas previamente.

Otra opción, que puede entenderse como superadora de la anterior, sería adoptar un régimen de Derecho privado regido por principios. Es decir que el legislador regule legalmente, en forma minimalista, las relaciones entre particulares y ordene al juez resolver según los principios que rijan en el ordenamiento, generalmente, enunciados en la ley. De modo que el régimen legal consigne los principios generales del derecho que constituyen su eje central, por ejemplo, buena fe, razonabilidad, ejercicio regular de los derechos, y establezca, luego, las disposiciones generales para cada instituto, determinando sus principios propios y un número mínimo de normas básicas.

Es esta una posibilidad interesante a la que suelen adherir los ordenamientos modernos caracterizados por ser “códigos de principios”. Sin embargo, tampoco es sencillo resolver en base a principios, pues son normas cuyas condiciones de aplicación no son otras que las que surgen del propio contenido, según Atienza. Son normas que permiten fundar una decisión porque tienen en sí, su propia fuerza de convicción, como diría Larenz.

La mejor opción podría ser sistematizar un derecho minimalista y subordinar las soluciones al régimen de los derechos fundamentales, es decir profundizar la constitucionalización de la rama. Surge entonces un serio interrogante acerca de si queremos la subordinación del Derecho privado a los derechos fundamentales o preferimos una relación de complementación. En el primer caso, tiene que ceder siempre la solución iusprivatista a la solución constitucional, en el segundo, en cambio, cuando existen lagunas se complementan ambas soluciones.

En el derecho el legislador del 2012-2015 ya optó. El Código civil y comercial evidencia de manera contundente que se desechó la opción de construir un sistema de normas cerradas. Se abandona claramente el camino del positivismo jurídico y se intenta un régimen que adhiere en forma parcial a las otras opciones que vine describiendo. No obstante, todavía hoy en muchos sectores sigue vigente la pregunta acerca de si queremos abandonar un sistema que ofrece cierto grado de seguridad jurídica como el de los códigos decimonónicos, en los que se prevé el supuesto de hecho y determina con precisión la consecuencia jurídica. Si queremos abandonarlo y si podemos hacerlo. Para algunos es posible y, además, imprescindible porque es el medio para ir construyendo un derecho más justo. Para otros, no es posible abandonar los códigos al estilo decimonónico, porque no puede caerse en la incerteza, aseguran que sin la seguridad jurídica que brinda la norma legal no es posible la justicia.

Decía que el Código civil y comercial ha receptado las opciones que vine planteando. Se observa que otorga amplias facultades a los jueces. En una rápida lectura del Código pueden encontrarse más de treinta artículos que dejan librada al juez la solución del caso ajustándose a las reglas que, como tales, determinan las condiciones

de aplicación. Por ejemplo, el artículo 1742 según el cual, el juez puede atenuar la indemnización que fije “*si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho (...)*”. También el artículo 621 referido a la adopción plena o simple que debe otorgarse “*(...) según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple...*”. Puede señalarse asimismo el artículo 960 que, si bien niega a los jueces facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, admite “*que pueden hacerlo inclusive de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público*”. Otro artículo significativo es el 771 que faculta a los jueces para reducir los intereses “*cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación (...)*”.

Asimismo, el Código civil y comercial, de entrada nomás, en su artículo 2° impone a los jueces resolver atendiendo a los principios que él consagra. Cuando fija las reglas de interpretación de la ley dispone que debe hacerse teniendo en cuenta no solo sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, sino también las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos.

Es decir que tenemos un código de normas abiertas pero de soluciones complejas. Aquí está el meollo de mi preocupación, pues creo que podemos mejorar el Derecho privado con las herramientas que nos brinda el nuevo código pero debemos superar algunas dificultades. Los encargados de aplicar el derecho tienen destreza para resolver aplicando una norma cerrada, que describe el supuesto de hecho y determina la consecuencia jurídica, aunque la tarea no es simple hay experiencia al respecto, pero carecemos de esa experiencia al momento de resolver cuando la solución justa no deviene de una norma concreta, sino de la aplicación de un principio o de hacer respetar un derecho fundamental.

La regla básica se encuentra en el artículo 3° que obliga al juez a resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante *una decisión razonablemente fundada*. Se reproduce, en cierto modo, el artículo 15 del Código civil cuando prescribía que *los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*, sin embargo, la diferencia es sustancial porque el nuevo ordenamiento incluye ahora una regla estricta: los jueces deben motivar la sentencia, y esa decisión debe ser razonablemente fundada.

La motivación de una decisión judicial es un razonamiento efectuado a fin de probar que la decisión es jurídicamente correcta, o sea, conforme al Derecho, sobre todo, materialmente conforme al Derecho. El juez debe demostrar que su decisión es

razonable, se alude a esa razonabilidad que, en gran medida, es sentido común.

Es posible conciliar el principio de razonabilidad, que campea en todo el Código, con las facultades amplias otorgadas a los jueces. Son facultades amplias dentro de los límites de los principios, el juez no puede esgrimir la aplicación de un principio sin probar que su decisión es fundada razonablemente en él. Es complejo pero no tanto. Quizás la mayor dificultad se presenta al pretender concordar las facultades judiciales, los principios y los derechos fundamentales. Cuando en un caso está en juego un derecho fundamental al momento de dictar la sentencia se plantea el dilema si la exigencia de fundamentación razonable se cumple con solo explicitar la eficacia que tiene en el caso el derecho fundamental, considerando que todo el régimen civil queda subordinado al constitucional, o es imprescindible demostrar en el fallo que la decisión es fundada.

La dificultad radica en la demostración de la razonabilidad de la fundamentación de lo resuelto. Los tribunales suelen simplificar y concluir la motivación de su sentencia afirmando que se aplica al caso una determinada norma de un tratado internacional de protección a un derecho fundamental. Inclusive, en los comentarios de la doctrina a los fallos se observa, con frecuencia, que la sentencia comentada se juzga como acertada, aun cuando se admite, sin preocupación, que sólo está fundada en la mención de una norma de un tratado internacional con jerarquía constitucional. Es decir que, aun el especialista que comenta el fallo, valida que el tribunal haya resuelto el caso aplicando un Tratado internacional con la sola mención de las normas respectivas, sin demostrar que esa aplicación es fundada y correcta.

Creemos que este es un problema que se expande en nuestro país en los últimos tiempos por no haberse comprendido en profundidad el modo de trabajar las fuentes del derecho en el nuevo sistema del Código que, como se dijo, pone su eje en los tratados de derechos humanos y en los principios del Derecho privado. Los tribunales parecen entender que la obligación de fundar razonablemente su sentencia se cumple de manera correcta sólo con disponer que el caso se subsume en alguna norma de los tratados internacionales o que le es aplicable un determinado principio. Por ejemplo, en un interesante caso el Tribunal debió resolver, entre otras cuestiones, una vinculada a la contaminación de un terreno en el que estuvo instalado un obrador durante la construcción de una ruta. Cuando aborda ese tema dice: *“En síntesis, desde este miraje aparece innegable que la contaminación existió y continúa, como así también la causa que le ha dado origen. Se trata de una causa ambiental y deben aplicarse las soluciones del derecho internacional y convencional”*¹¹². El tribunal solo hace una alusión al artículo 1113 del Código civil y, sin mayor fundamentación, introduce en un conflicto entre particulares una cuestión no planteada por las partes, dando intervención en el caso al Poder ejecutivo y condena a la reparación del suelo con las condiciones necesarias para que cese la contaminación.

¹¹² C. Apel. RioGrande, Sala Civil Com. y Trabajo, 27/09/2005, Estancia Violeta S.R.L. c. Techint S.A.C.I., LLPatagonia 2006, 113.

Sin duda, la solución es muy acertada y justa pero carece de una fundamentación que se sostenga en una razonable argumentación.

La carencia que planteamos es reiterada en los denominados amparos de salud en los cuales los tribunales describen el caso, advierten que se trata de un problema de salud, remiten al derecho humano a la salud y, sin otro razonamiento, hacen lugar o no a lo solicitado. Estos amparos tienen un enorme impacto social y, en general, parecen dar correctas soluciones, sin embargo, carecen de una razonable motivación.

Es posible que esa realidad sea la que conduce a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a reiterar su preocupación acerca de que: *“en esta clase de asuntos es enteramente aplicable la exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de que los fallos cuenten con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes, además de que al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el poder judicial en el marco de una sociedad democrática*¹¹³.

En consecuencia, de acuerdo a lo que venimos diciendo, el Derecho privado argentino, que se empeña por encontrar soluciones más justas a los conflictos de las personas tiene, entre otros, un desafío pendiente que es alcanzar una mayor excelencia en la labor de los tribunales, lograr una jurisprudencia en la que se vislumbre que los casos se resuelven por el empleo adecuado de las amplias facultades conferidas a los jueces, de acuerdo a los principios fundamentales y teniendo en consideración los derechos humanos. Que se elaboren sentencias en las que una buena argumentación permita comprobar la razonabilidad de sus decisiones y jerarquice a los tribunales.

En resumen, volviendo a nuestro refrán *debemos querer lo que podemos* y en ese sentido creo que, como sociedad, podemos vislumbrar pequeños progresos, para superar nuestro desánimo, por ejemplo, podemos tener fe en el Derecho privado actual porque, a pesar de sus limitaciones, carencias y dificultades que señalamos, viene sin mucha prisa, pero sin pausa, apostando a la protección de la persona y, en especial, a la protección de los más débiles, que es, al final, la razón de ser de nuestra ciencia como motor de la convivencia humana.

¹¹³ conf. Fallos: 338:488 y 339:290”, CS, 16/07/2019, V., D. c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo, La Ley Online; AR/JUR/23194/2019.

La protección de la persona como tarea actual del Derecho Privado. Una perspectiva desde la Teoría General del Derecho

Bardel, Daniela¹¹⁴

Vazzano, Florencia¹¹⁵

“El mundo siempre cambia, pero de vez en cuando el cambio del mundo produce lo que Pier Paolo Pasolini llamaba gráficamente “un fin del mundo”.

Juan Ramón CAPELLA¹¹⁶

1. Introducción

En el presente trabajo se aborda la “protección de la persona como tarea actual del Derecho Privado” desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho. A tal fin, se plantea un cambio de visión en las áreas del mundo privado, al observarse el paso de una concepción que puso el acento en la idea de propiedad y de instituciones jurídicas hacia un paradigma que realza a la persona y a sus derechos humanos. De allí que se propone un acercamiento analítico, en primer lugar, al Derecho Privado como rama del mundo jurídico y a las diferentes subramas que lo integran; en segundo lugar, al concepto de persona y a su lugar en el Derecho Privado; y en tercer lugar, a la protección de la

¹¹⁴ Doctora en Derecho, por la Facultad de Derecho, UNR y por la Facultad de Derecho, Uva (Valladolid, España). Magister en Derecho Privado, Facultad de Derecho, UNR. Profesora adjunta en la asignatura Teoría general del Derecho e Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN.

¹¹⁵ Magister en Derecho Privado, por la Facultad de Derecho, UNR. Docente en la asignatura Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN. Integrante del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales (IEJUS), Facultad de Derecho, UNICEN.

¹¹⁶ CAPELLA, Juan, “Estado y derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales”, en *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Capella Hernández Juan (Coord.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 86.

persona como tarea de la rama en relación a las funciones del Derecho.

2. El Derecho Privado como rama del mundo jurídico

El Derecho Privado ha constituido tradicionalmente aquella área del mundo jurídico caracterizada por una exigencia de justicia particular, es decir, referida a los individuos particulares, pero como indicara Ciuro Caldani con reflejos de justicia general¹¹⁷.

Desde la modernidad, se produjo la separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado- en un contexto más amplio de diferenciación de lo público y lo privado-, donde las Constituciones regulaban sobre la organización y funcionamiento del Estado -la persona como ciudadana-, y los Códigos servían de manual acerca de cómo debían portarse en la privacidad las personas -las personas como individuos-¹¹⁸. La dicotomía entre el Derecho Público y el Privado condujo al tratamiento separado o segmentado de instituciones que hoy reciben un abordaje integral¹¹⁹. Mientras se mantuvo tal separación, el mundo jurídico se desenvolvió en la era del orden, caracterizada por la presencia de presupuestos claros, de fuentes cerradas y autosuficientes, de manera que aquellas áreas jurídicas no se necesitaban recíprocamente¹²⁰.

En la actualidad, observamos la relativa disolución de aquella diferenciación de áreas, considerando que muchas de las instituciones del Derecho Privado recibieron el influjo de los derechos humanos- en tanto, comenzaron a ser interpretadas a la luz de su nuevo paradigma-, y a la vez, el Derecho Público asumió el tratamiento de numerosas materias del mundo privado¹²¹. Ello generó la “publicización” de las áreas correspondientes al Derecho Privado, y a la inversa, la “privatización” de las áreas

¹¹⁷ CIURO CALDANI, Miguel, A., “Derecho Público y Derecho Privado”, La Ley- D, 1979. Se afirma que la división público/privado es una distinción que ayuda a impulsar la idea de que si la relación entre ciudadano y Estado es desigual, entonces las relaciones entre ciudadano y persona no pública (también “personas”), son lo contrario, es decir relaciones entre iguales. Así la división entre Derecho Público y Derecho Privado se convierte en un importante apoyo de la idea de libertad contractual y de igualdad en el mercado. GEOFFREY, Samuel, “Derecho Romano y Capitalismo Moderno”, en *La invención del Derecho Privado*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2006, pág. 227.

¹¹⁸ TEDESCHI, Sebastián, “El Waterloo del Código Civil napoleónico. Una mirada crítica del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales”, en *Desde otra mirada*, Coutis, Christian (Coord.), Eudeba, 2º ed., 2009, pág. 211-212.

¹¹⁹ LLOVERÀS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, pág. 45-46.

¹²⁰ LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la Decisión judicial: Fundamentos de Derecho*, 1º ed., 1º reimp., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 29 y sigs.

¹²¹ LLOVERAS, Nora-SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, op. cit., pág. 25.

correspondientes al Derecho Público¹²².

En su interior, cada una de las subramas que integran el Derecho Privado se han transformado -merced a la dinámica de la vida-¹²³, y se dan en su seno debates sobre la interacción en su centro crítico (es decir, en su especial exigencia de justicia -de corte dikelógico-), y en su esfera crítica (es decir, en la exigencia de otros valores -de matiz axiológico-)¹²⁴. Pensamos, por ejemplo, en un Derecho Contractual con un centro crítico situado en la protección de individuos iguales (en un sentido formal abstracto) hacia un Derecho contractual que sitúa a un individuo circunstanciado (en sus posibles situaciones de vulnerabilidad -o de falta de paridad con la contraparte-); un Derecho de Familias con un centro crítico proyectado desde la protección de la “familia” como institución hacia otro más orientado a la autonomía, libertad y dignidad personal; un Derecho Concursal con un centro crítico focalizado en la igualdad de los acreedores (de nuevo situación abstracta) hacia uno más permeable que confiere un tratamiento especial -o privilegiado- a los acreedores involuntarios¹²⁵.

Las transformaciones sociales, la inserción de los derechos humanos en el orden interno y las nuevas exigencias de justicia suscitadas desde mitad del S. XX, constituyen los factores que propulsaron el cambio de paradigma dentro del mundo jurídico. En el marco del Derecho Privado, los valores de libertad e igualdad conviven en relaciones de coadyuvancia y de oposición¹²⁶, ocasionando tensiones en las ramas, lo que en relación a la justicia particular y la justicia general, provoca crisis e interrogantes.

¹²² Puede verse sobre el tema CHAUMET, Mario, “El Estado Constitucional y el Derecho Privado”, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Alterini, Atilio-Nicolau Nomei, N. (Coord.), Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 32.

¹²³ Como señala de Trazegnies “las vinculaciones entre Derecho y tiempo está formada por repetidos intentos de capturas recíprocas”. DE TRAZEGNIES, Fernando, *El Derecho Civil ante la Postmodernidad*, *Derecho*, N° 45, 1991, pág. 287.

¹²⁴ CIURO CALDANI, Miguel A, “Las ramas del mundo jurídico, sus centros y esferas críticas”, *Revista del Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 21, Rosario, Facultad de Derecho, UNR, 1996.

¹²⁵ Se señala que el nacimiento del Derecho privado moderno tiene características que lo hacen relevante como discurso mítico dentro del Derecho. Contiene nociones fundamentales que han trascendido al resto de las ramas y que pueden transmitir una ideología cercana al liberalismo del siglo XIX. Tales nociones fundamentales son las de sujeto (abstracto), propiedad (abstracta), método de interpretación (científico), derecho subjetivo (absoluto o casi absoluto), contrato como producto de la autonomía de la voluntad y neutralidad en la construcción del conocimiento jurídico (del derecho privado frente al derecho público). Lo interesante es la pervivencia de estos conceptos cuando su poder explicativo de la realidad es pobre y cuando el modelo de sociedad que los generó ha mutado. MORALES DE SETIEN RABINA, Carlos, “La invención del Derecho Privado Moderno”, en *La invención del Derecho Privado*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2006, pág. 60.

¹²⁶ La igualdad fue el modo de resolver el problema político del paso de la pluralidad de status de sujetos del régimen feudal al sujeto único. Sin embargo, la igualdad solo operó frente a las diferencias de clase y religión, mientras que las diferencias de sexo, ciudadanía, estado familiar y algunas religiosas permanecieron en forma encubierta, siendo trasladadas al predicado para ocultarlas. TEDESCHI, Sebastián, *El Waterloo del...*, op. cit., pág. 217.

Se observa el paso de una visión que procuró durante largo tiempo la estatización del Derecho, es decir, donde predominó el ámbito nacional como único espacio de producción normativa, hacia una concepción que responde a un proceso gradual de reconocimiento de nuevos espacios de generación de normas, dentro de los cuales se encuentra la esfera internacional¹²⁷. De allí que hoy se reconoce la existencia de un pluralismo jurídico, que se plantea como “*un movimiento heterogéneo que comparte el intento por explicar la crisis del monopolio estatal en la producción normativa y la aparición de nuevos “espacios” y actores sociales que disputan el territorio de la legalidad al Estado*”¹²⁸. Las áreas del Derecho Privado se conforman hoy con captaciones normativas que provienen de esos diversos espacios de producción, tendientes a la satisfacción de una justicia que ya no es exclusivamente particular, sino también general, comprensiva de intereses o derechos de todas las personas.

3. La persona como centro de interés en las áreas del mundo privado

Particularmente el Derecho Civil se ha ocupado de la persona propietaria, de la persona en el seno de una relación familiar, de los vínculos de acreedor y deudor que intervienen en el marco de una relación jurídica obligacional (ya sea con fuente contractual o en un hecho ilícito), de la relación de los sujetos con las cosas, o de la transmisión de los bienes mortis causa¹²⁹. Desde la ciencia jurídica, se han efectuado estudios tendientes a proporcionar un análisis acerca de las “instituciones” que regulan esas relaciones jurídicas, así ha importado el “acto jurídico”, el “contrato”, la “familia”, el “matrimonio”, “la sucesión”, entre otros.

También, el Derecho Privado se ha ocupado de las agrupaciones en personas jurídicas, así como de las situaciones de insolvencia en los concursos preventivos. Asimismo, el Derecho Internacional Privado se ha dedicado a aquellos casos donde se presenta la necesidad del respeto por el elemento extranjero reflejado en la contienda.

El Derecho Civil se ha pensado como rama de un derecho común que comprende numerosas relaciones jurídicas. Sin embargo, la visión clásica pentárquica sobre la cual se

¹²⁷ SOZZO, Gonzalo, “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 2/4/2019.

¹²⁸ WOLKMER, Antonio, C., *Pluralismo jurídico*. Citado por Sozzo, Gonzalo “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 2/4/2019.

¹²⁹ En cuanto a la definición del “Derecho Civil” se señala que el problema debe ser planteado en términos de decidir si esta tradición civilista que se origina en Roma, que atraviesa la Edad Media y que se alía con el racionalismo y el individualismo para fundar la modernidad, tiene todavía elementos dinámicos que permitan continuarla a través de la posmodernidad. DE TRAZEGNIES, Fernando, *El Derecho Civil...*, op. cit., págs. 320-321.

organizó dicha rama se fue ampliando con el reconocimiento de la especial protección que necesita la persona en una relación de *dependencia*, surgiendo así el Derecho Laboral. Posteriormente, también se expandió con el reconocimiento de la especial protección que requiere un sujeto que no se encuentra en paridad al momento de contratar, emergiendo el Derecho del Consumidor y del Usuario, a manera de microsistema¹³⁰. Podemos señalar de este modo, el paso de un “Derecho Civil” a un “Derecho Privado” más abarcador. Al respecto se ha señalado que “*Lo cierto es que el predominio y el prestigio que tenía el Derecho Civil dentro del mundo jurídico, se ha perdido en gran parte. Y, como consecuencia de ello, una serie de áreas que pertenecían a sus dominios han comenzado un éxodo o una independización: algunas han preferido pasarse al Derecho Público; otras han intentado adquirir autonomía y, como se sentían a medio camino entre lo público y lo privado, han preferido crear una nueva categoría denominada Derecho Social y ubicarse dentro de ella*”¹³¹.

En la actualidad, la complejidad de la vida, caracterizada por nuevas demandas sociales, por los avances del capitalismo, el consumo masivo y la tecnología, plantean nuevos criterios orientadores de la justicia –v.gr. en materia de género- que exigen una relectura del Derecho Privado en su totalidad¹³². Incluso, se requiere del surgimiento de nuevas ramas jurídicas de carácter transversal, que vienen a enriquecer el panorama de las respuestas tradicionales, ante la existencia de especiales exigencias de justicia¹³³.

Las diversas áreas del mundo privado han transitado un proceso de cambio de sus instituciones tradicionales, dando lugar a un paradigma más humanista, que coloca a la “persona” y a sus derechos en el centro de interés del mundo jurídico. Se buscan respuestas desde el prisma de los derechos humanos, en particular, desde la perspectiva de género, atendiendo además a las situaciones de vulnerabilidad que presentan ciertos sujetos o sectores de la comunidad.

En este contexto, estamos ante un modelo de Estado Constitucional, donde el Derecho Privado, como todo el orden jurídico, es concebido como un desarrollo positivo de los derechos humanos¹³⁴. Incluso, se ha llegado a hablar de un Derecho Privado Constitucional, o Derecho Constitucional Privado, como resultado de la

¹³⁰ NICOLAU, Noemí, “La tensión entre el microsistema y el sistema en el Derecho Privado”, *Revista del Centro de Investigaciones en Derecho Civil*, Vol. 2, Rosario, Facultad de Derecho, UNR, 1997.

¹³¹ DE TRAZEGNIES, Fernando, *El Derecho Civil...*, op. cit., pág. 305.

¹³² Pueden verse en esta línea los siguientes trabajos: AA. VV. (Coord.), *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho Privado*, España, Tirant lo Blanch, 2011. MESA MARRERO, Carolina y GRAUN PINEDA, María del Carmen (Coord.), *Mujeres, contratos y empresas desde la igualdad de género*, España, Tirant lo Blanch, 2014.

¹³³ CIURO CALDANI, Miguel A, “Necesidad de un Complejo de Ramas del Mundo jurídico para un nuevo tempo”, *Investigación y Docencia*, N° 40, Rosario, Facultad de Derecho, UNICEN, 2007.

¹³⁴ CHAUMET, Mario, “El Estado Constitucional y el Derecho Privado”, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, en Alterini, Atilio-Nicolau, Noemi (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2005.

necesaria interrelación entre estas ramas jurídicas¹³⁵.

Ernesto Grün, siguiendo ideas desarrolladas por Prigogine, ha dicho que la tensión y la crisis recobra un papel decisivo en los procesos de transformaciones¹³⁶, pues consideramos que ello ha ocurrido en las áreas del mundo privado, teniendo en cuenta que el impacto que produjo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos condujo a una nueva concepción acerca de la persona y de su protección. Por tanto, el centro crítico del Derecho Privado está dado por la satisfacción de los derechos fundamentales, todo lo cual refleja una íntima vinculación entre la realización de la justicia particular-tradicionalmente del Derecho Privado- y la justicia general- característica del Derecho Público-.

Lo cierto es que independientemente de las particularidades que presenta cada una de las áreas que conforman el mundo jurídico, todas ellas presentan como común denominador la búsqueda de soluciones valiosas para un desarrollo pleno de las personas. La consideración integrada de las ramas jurídicas desde la Teoría General del Derecho permite realzar sus elementos compartidos, los cuales están dados por la necesidad de protección de la “persona” en su centro crítico¹³⁷.

Desde la perspectiva actual, importan “las personas” en sus diversas relaciones jurídicas. Así, en el Derecho de los Contratos, las interacciones entre particulares se interpretan en clave de derechos humanos, y en particular, se ofrece una especial protección en las relaciones de consumo; se protege a “las personas” en las familias, en un modelo de diversidad de formas de organización familiar; en las sucesiones, mediante una regulación que tiende a considerar los derechos de quienes resultan sujetos vulnerables en el proceso sucesorio; en los concursos preventivos, mediante una mirada axiológicamente particular de los intereses de los acreedores involuntarios; en las relaciones laborales, a través de su lectura en clave de derechos humanos, etc. En consonancia con ello, el denominado principio *pro homine* o pro persona constituye el criterio orientador que debe guiar a los operadores jurídicos en el funcionamiento del orden normativo¹³⁸. La mencionada protección de la persona se observa a partir del creciente avance de la autonomía de la voluntad, de la igualdad y dignidad personal, en un

¹³⁵ LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo; *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, pág. 31.

¹³⁶ GRÜN, Ernesto; *Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, Buenos Aires, Dunken, 2004, pág. 47.

¹³⁷ CIURO CALDANI, Miguel; “Las ramas del mundo jurídico, sus centros críticos y esferas críticas”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Vol. 21, Facultad de Derecho, UNR, 1996. Del mismo autor, “Lecciones de Teoría General del Derecho”, *Investigación y Docencia*, N° 32, Rosario, Facultad de Derecho, UNR, 1999.

¹³⁸ BIDART CAMPOS, Germán, “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio pro homine”, en *El Derecho Constitucional del S. XXI, Diagnóstico y Perspectiva*, Bidart Campos, German y Gil Domínguez, Andrés (dir.), Buenos Aires, Ediar, 2000.

marco de democratización de las relaciones jurídicas, lo cual se observa de modo especial en el Derecho de Familias¹³⁹. Esto último ha conllevado al reconocimiento de nuevos roles y lugares de los sujetos que históricamente han permanecido en una posición de subordinación respecto de los individuos más poderosos jurídicamente: las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidad, entre otros. Ello se refleja a partir de respuestas jurídicas garantizadoras de un plus de derechos, e incluso, mediante el planteo de surgimiento de ramas jurídicas transversales, como sucede con los sujetos indicados anteriormente¹⁴⁰.

Asimismo, existen muchas captaciones en las que podemos encontrar a la persona, pero que no obstante no forman parte del despliegue personal y material del Derecho Privado. Pensamos aquí por ejemplo, en el no propietario, el trabajador sin relación de dependencia, el desocupado, el no consumidor. Es decir, en supuestos que si bien no están bajo el amparo de la protección a la persona que desarrolla el Derecho Privado, pueden no obstante entrar en su subsistema. En general, estos casos se comprenderían en la rama del Derecho de la Seguridad Social o en última instancia, en un Derecho Público que se ocupe de garantizar los derechos de personas en tales situaciones.

4. La protección de la persona como tarea actual del Derecho Privado

Al modificarse la situación de la persona a la que busca proteger el Derecho Privado, se han transformado también las técnicas que utiliza para cumplir con su tarea tuitiva. Esta circunstancia nos lleva a pensar en las funciones del Derecho Privado y en las herramientas de las que se vale para llevarlas a cabo. De este modo, sobre la base de las funciones directas primarias propuestas por Raz, (aquellas que se cumplen a través de la obediencia y de la aplicación del Derecho-por ello directas-), que afectan a la población en general, y considerando que en ellas se encuentra la razón de ser del Derecho (por ello primarias), podemos decir respecto del Derecho Privado que¹⁴¹:

1. Alienta y desalienta conductas: el Derecho pretende alentar conductas deseables y desalentar conductas indeseables, consideradas como tales por las autoridades del sistema jurídico. Esta función tiene carácter residual, dado que una norma o conjunto de normas cumple esta función sólo si no cumple con las restantes, y en este sentido, es

¹³⁹ LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo; *El Derecho de...*, op. cit.,

¹⁴⁰ CIURO CALDANI, Miguel, A., “Nuevas ramas jurídicas como parte de la estrategia de los derechos humanos”, en *Microiuris*, MJ-DOC-6531-AR, 12/12/2013, pág. 3.

¹⁴¹ MORESO, José y VILAJOSANA, Josep, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, pág. 56 a 58.

también desarrollada de modo supletorio por el Derecho Privado¹⁴².

En este sentido, puede pensarse a nivel de principios el *non alterum laedere* y el *pacta sunt servanda*, que de modo estructural desalientan y alientan todo el Derecho de las obligaciones. Cabe preguntarse aquí, en cambio, qué nivel de estructuración del microsistema del Consumidor representa la pauta de comportamiento de consumo sustentable¹⁴³.

2. Facilita acuerdos entre particulares: la mayor parte de las instituciones del Derecho Privado persigue este propósito, por ejemplo: los contratos, la letra de cambio, el matrimonio. Se establecen modelos de relaciones jurídicas en los que los individuos entran por su propia voluntad cuando consideran que los mismos resultarán útiles para llevar a cabo sus planes de vida.

El Derecho cumple aquí la misión de *modificar la preferencia de los individuos*, que de otro modo se pueden ver tentados a incumplir las promesas, debido a las posibles ventajas que esta actitud les puede aportar. Al facilitar acuerdos entre particulares, el Derecho *no está imponiendo sus propios fines*, sino que sirve de ayuda para que los individuos puedan perseguir fines de su propia elección. Así, las normas jurídicas crean marcos dentro de los cuales los individuos deben llevar a cabo sus acuerdos y perseguir sus objetivos, si es que desean disfrutar de protección jurídica. El Derecho impone restricciones para proteger a una parte de los posibles abusos de la otra, y para proteger a terceros de las consecuencias que les puedan afectar negativamente.

En el proceso de codificación del Derecho Civil la función de ese “nuevo” Derecho no era la de elegir fines, sino de predisponer los instrumentos para que cada individuo pueda escoger los objetivos deseados. Era una seguridad de medios, no de resultados. El individuo que decidía ejercitar una actividad, afrontando ventajas e inconvenientes podía contar con un marco de garantías legales, sabía qué podía esperar de los otros sujetos privados y de los poderes públicos, es decir, garantizaba la previsibilidad¹⁴⁴.

No obstante, consideramos que en el Derecho Privado actual la situación de vulnerabilidad en la que se puede encontrar la persona –v. gr. por el cambio en el modo de producción y de consumo–, requiere de otro tipo de intervenciones para seguir brindando el marco que permita el acuerdo entre los particulares. Como señala De Trazegnies “*no hay técnicas puras: todo instrumento está, aunque sea de manera suelta, en relación con cierto fines: si los fines cambian, tendrá que cambiar el instrumento*”¹⁴⁵.

¹⁴² MORESO, José y VILAJOSANA, Josep, *Introducción a la...*, op. cit., pág. 56.

¹⁴³ STIGLITZ, Gabriel, “El principio de acceso al consumo sustentable”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 324.

¹⁴⁴ TEDESCHI, Sebastián, *El Waterloo del...*, op. cit., pág. 218.

¹⁴⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando, *El Derecho Civil...*, op. cit., pág. 320.

Así, por ejemplo, para la protección de la persona el Derecho Privado no se vale sólo de una técnica de control social represiva (como puede suceder con el instituto de la responsabilidad por daños), sino también, de una técnica anticipativa (como sucede con la función preventiva) e incluso, de una técnica de control social represiva de tipo indemnizatoria y sancionatoria como sucede con los daños punitivos. A esto se suma que la consideración de los derechos humanos exige también una protección de fines, y no sólo de medios.

3. Proveer servicios y redistribuir bienes: el Derecho cumple esta función cuando presta servicios como defensa nacional, educación, sanidad, construcción y mantenimiento de infraestructuras o cuando redistribuye bienes. La existencia de normas jurídicas posibilita salir de situaciones como las que dan lugar al dilema del prisionero o a la presencia de gorriones (es decir, superar problemas de cooperación como las originadas en situaciones en las que siguiendo cada individuo racionalmente un determinado curso de acción se llega a resultados colectivos ineficientes –dilema del prisionero- o situaciones en las que los sujetos se aprovechan de los bienes generados a partir de la cooperación de los demás, sin aportar su parte –problema del *free riders*-), permitiendo de este modo que se generen bienes públicos que la aparición generalizada de estas situaciones impediría. Esta función estaría desempeñada por v.gr. por el Derecho Administrativo, el Derecho Financiero, el Derecho Tributario y el Derecho de la Seguridad Social, por lo que de manera explícita no es una función propia del Derecho Privado. Lo mismo se vincula con las “personas no alcanzadas” por el ámbito del Derecho Privado, que como señaláramos entonces, son las ramas del denominado “Derecho Público” quienes las realizan.

No obstante, de modo implícito el Derecho Privado al ser la rama que regula el modo de asignar la propiedad, es decir, el régimen de apropiación privada de los bienes, desempeña esta función redistributiva, al adjudicar derechos de propiedad -que resultan costosos de definir y de llevar a cabo-, por cuanto distribuyen riqueza, estatus e influencia política¹⁴⁶. Podemos pensar, v.gr. en el Derecho Patrimonial de Familia o el Derecho Sucesorio como subramas relativamente “más abiertas” al cambio en la asignación de propiedad, y en consecuencia, de redistribución de bienes.

En definitiva, la dinámica de la vida pone ante el Derecho Privado nuevos interrogantes que lo interpelan a replantearse como rama del Derecho y a cada una de sus subramas o a los microsistemas que lo integran. Ese replanteamiento, lleva también

¹⁴⁶ El costo de definir los derechos de propiedad, radica en dos causas: de un lado está la dificultad de medir el activo, delimitando la propiedad del mismo, en cumplimiento de la normativa. De otro lado, existen costes políticos, en tanto tiene implicancias distributivas. Sin embargo, en situaciones de crisis se pueden resolver conflictos distributivos al hacer más evidente los beneficios y costes de tomar una decisión y de no hacerlo. La crisis evidencia la magnitud del problema, y si no es irreversible, los beneficios de afrontarlo. LIBECAP, Gary, “La economía política de los derechos de propiedad”, *Ekonomiaz*, Revista vasca de Economía, N° 77, España, 2011, pág. 52 a 54 y 62.

a la búsqueda de nuevas herramientas para alcanzar las funciones propias del Derecho Privado y en última instancia, a alcanzar su finalidad como parte del Derecho todo.

5. A modo de conclusión

Como conclusión queremos dejar planteado –a modo de interrogante- la coyuntura en la que se encuentra el Derecho Privado como rama del mundo jurídico, con un centro crítico que está dado por la protección de la persona. Consideramos que esta circunstancia pone nuevamente al Derecho Privado en una situación de respuesta, que puede ser de repliegue o de transformación¹⁴⁷. Y esperamos que sea de transformación, para que a través de la rama se puedan alcanzar los nuevos requerimientos de justicia.

Parafraseando la frase inicial – el Derecho Privado- ha pasado por diversos fines de “su mundo”, a través de sus transformaciones. *“La supervivencia –del Derecho Civil- no se encuentra asegurada por el mero hecho del mantenimiento de las relaciones privadas: es necesario que el Derecho Civil recoja las nuevas formas de tales relaciones; y para ello debe lograr una cierta des-identificación con los contenidos específicos de la modernidad”*. De Trazegnies señala, ante la situación de descodificación, el paso de una idea más individual a una idea más solidaria en el Derecho Privado¹⁴⁸. Cabe entonces preguntarse, si el Derecho Privado debe proceder a una nueva des-identificación para dar una respuesta más cabal al desafío de los derechos humanos.

¹⁴⁷ La estrategia del repliegue consiste en la retirada estratégica, en vez de pelear las fronteras y discutir las razones. La estrategia de la transformación abandona valuar doctrinarios clásicos y acepta nuevas formas de pensar. DE TRAZEGNIES, Fernando, *El Derecho Civil...*, op. cit, pág. 313.

¹⁴⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando, op. cit., pág. 322-323.

Autonomía y protección de la persona humana en la parte general del Derecho Privado

Hess, Esteban Rolando¹⁴⁹

Louge Emiliozzi, Esteban¹⁵⁰

Valicenti, Ezequiel¹⁵¹

1. Introducción

El Código Civil argentino que rigió desde el 1 de enero de 1871 hasta el 31 de julio de 2015 era –como todos los códigos de su época– eminentemente patrimonialista¹⁵². Ello, aunado a su espíritu liberal, determinó que dos de sus principios fundamentales fueran el de la autonomía de la voluntad y el carácter absoluto de la propiedad.

Ciñéndonos al primero de esos principios por ser el que interesa a los fines de estas reflexiones, en el ámbito contractual la autonomía de la voluntad gozaba de particular intensidad, plasmada en el art. 1197, según el cual “*(l)as convenciones hechas en los*

¹⁴⁹ Profesor Adjunto de Instituciones de Derecho Privado. Facultad de Derecho, UNICEN. Abogado en ejercicio de la profesión.

¹⁵⁰ Magister en Derecho Privado por la Facultad de Derecho, UNR. Profesor titular en la asignatura Instituciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UNICEN.

¹⁵¹ Abogado, por la Facultad de Derecho, UNICEN. Jefe de Trabajos Prácticos de las asignaturas Instituciones de Derecho Privado, Derecho de los Contratos, y Defensa del Usuario y el Consumidor, Facultad de Derecho, UNICEN.

¹⁵² Entendemos que la afirmación de que el Código de Vélez era “patrimonialista” es correcta, pero requiere alguna precisión. Es que, en rigor, no podría decirse que dicho código regulara *demasiadas* cuestiones patrimoniales, ya que regulaba las que eran propias y necesarias para su época. Podemos observar, para corroborar ello, que el nuevo Código Civil y Comercial regula más contratos y más derechos reales que los que en su momento regularon el Código Civil y el Código de Comercio hoy derogados. Por ello, el carácter de “patrimonialista” del Código derogado encuentra sustento, más bien, en la escasa cantidad de normas destinadas a regular cuestiones no patrimoniales. Piénsese, por ejemplo, que en el Código Civil derogado no existía una regulación sistemática de los derechos personalísimos, cuestión que hoy sí se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial, y si bien los artículos destinados a ello no son demasiados (51 a 61) se complementan con gran cantidad de leyes especiales dictadas en la etapa de la descodificación o aún con posterioridad. Otro tanto cabe decir de los atributos de la persona, si pensamos, por ejemplo, que Vélez no reguló el tema del nombre, dejándolo librado al derecho consuetudinario.

contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

Se ha dicho, y con razón, que los principios del Código de Vélez no eran tan absolutos como podrían parecer a primera vista, ya que tenían su contrapartida en otros principios generales. Y así, por ejemplo, la denominada “cláusula moral”, incorporada al art. 953, fue la llave para morigerar la rigidez del principio *pacta sunt servanda*¹⁵³.

Si bien lo anterior es rigurosamente cierto, no lo es menos que, en términos generales, es innegable la preeminencia de la que gozaba el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual. Un claro ejemplo de ello es la extensa nota al art. 943, en la cual el codificador explicó por qué se abstuvo de regular el vicio de lesión pese a que –como él mismo lo aclara– la mayor parte de los Códigos de su época lo habían incorporado. Del mismo modo, en la regulación de los contratos en general no existían demasiadas disposiciones que pudieran considerarse de orden público. Podemos decir, en síntesis, que en materia contractual había una marcada preeminencia del principio de autonomía de la voluntad y una escasa protección al débil jurídico.

Ahora bien, no obstante que el Código Civil derogado era esencialmente patrimonialista, contenía algunas disposiciones destinadas a regir situaciones o relaciones jurídicas no patrimoniales, en especial a lo largo del Libro Primero, tanto en la Sección Primera donde se regulaba sobre “las personas en general”, como en la Sección Segunda destinada a las relaciones de familia. En estas áreas, y a diferencia de lo que ocurría en materia contractual, sí estaba presente el principio de protección, pero a expensas del principio de autonomía de la voluntad. Un claro ejemplo de ello era lo que ocurría con los denominados “incapaces de hecho”, entre quienes se contaban los menores y los “dementes”, cuya voluntad era enteramente reemplazada por la de sus representantes legales.

Podemos decir entonces, desde una óptica netamente descriptiva, que en la época de la codificación la relación entre autonomía de la voluntad y protección era muy clara, ya que en materia patrimonial primaba la autonomía de la voluntad y la protección estaba reducida a su mínima expresión, mientras que en materia extrapatrimonial la situación era exactamente inversa.

Sin embargo, esa situación comenzó a cambiar sustancialmente en la época de la descodificación, que comenzó a verificarse en las últimas décadas del siglo XIX y se acentuó durante el siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI¹⁵⁴. Por un lado, en materia patrimonial se tomó conciencia de la situación de desigualdad material en que muchas veces se encuentran los contratantes, dando lugar al dictado de leyes especiales de orden público destinadas a regular determinados contratos –claros ejemplos de ello

¹⁵³ RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel, *Derecho Civil Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pág. 155, con cita de Spota.

¹⁵⁴ LOUGE EMILIOZZI, Esteban, “El proceso de recodificación y unificación del derecho privado en la Argentina”, *Cartapacio*, volumen 29-2016.

son las leyes de contrato de trabajo o las leyes de locaciones— o a la incorporación de nuevos institutos mediante reformas al Código Civil —el ejemplo más claro es el de la ley 17.711, que introdujo los institutos del abuso del derecho, la buena fe lealtad, la lesión, entre otros—. Por otro lado, durante la descodificación también ganó terreno el principio de autonomía de la voluntad en cuestiones no patrimoniales, como ocurrió en materia de derechos personalísimos, capacidad y Derecho de Familia. Tanto es así que como bien se dijo en un excelente trabajo, hacia fines del siglo XX se vivía una situación paradójica, ya que el principio de autonomía de la voluntad, cuya muerte se había presagiado, no sólo no había muerto sino que había retornado incisivamente en el territorio extrapatrimonial, mientras que, en el ámbito del derecho patrimonial, estaba sometido a debates e incertidumbres¹⁵⁵.

Es así que desde la descodificación el principio de protección y el principio de autonomía de la voluntad conviven en ambos ámbitos del derecho privado, el patrimonial y el extrapatrimonial. Esta convivencia se traduce en una complementación que en general permite arribar a soluciones valiosas, pero también da lugar a mayores dilemas y tensiones, que se le presentan tanto al legislador llamado a regular situaciones generales como al operador jurídico llamado a resolver situaciones concretas.

En el presente trabajo nos proponemos analizar brevemente cómo es la relación entre los principios de la autonomía de la voluntad y de protección de la persona en la denominada “Parte General” del Derecho Privado argentino¹⁵⁶ tras el proceso de recodificación que tuvo lugar con la aprobación del Código Civil y Comercial vigente desde el año 2015. También procuraremos intentar avizorar cuáles pueden ser las tendencias¹⁵⁷ en los próximos años o décadas, ya que está claro que la relación entre estos dos principios jurídicos tan significativos es dinámica, a tal punto que con posterioridad a la recodificación ya existen importantes leyes, sancionadas o proyectadas¹⁵⁸, que impactan

¹⁵⁵ DE LORENZO, Miguel F., “El péndulo de la autonomía de la voluntad”, en AMEAL, Oscar J. (dir.), GESUALDI, Dora M. (coord.) *Derecho privado* (libro homenaje a Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2001, págs. 447 y ss.

¹⁵⁶ Por supuesto que este análisis puede ser realizado en todas las áreas del Derecho privado, e inclusive es muy interesante su abordaje en el Derecho de familia. Nosotros limitaremos nuestro análisis a la denominada “Parte General” del derecho privado argentino, que hoy se identifica —a nivel normológico— con el Título Preliminar y el Libro Primero del Código Civil y Comercial y las leyes especiales que lo complementan, limitación que se impone por razones de espacio y por ser la asignatura en la cual compartimos nuestra función docente.

¹⁵⁷ La existencia de una tendencia en el Derecho civil se comprueba a partir de la importancia que adquieren ciertos temas en la doctrina y la jurisprudencia, en la redefinición o reelaboración que experimentan las instituciones clásicas, y también pueden inducirse del apartamiento de ciertos temas o el olvido inconsciente de algunos problemas (ARIZA, Ariel, “La figura del deudor en el derecho patrimonial actual”, *Revista Trabajos del Centro*, N° 1, Rosario, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1995, pp. 19 y ss.)

¹⁵⁸ Dentro de las nuevas leyes sancionadas se encuentra la 27.447 de trasplante de órganos, tejidos y células, conocida como “Ley Justina”. Entre las nuevas leyes proyectadas se encuentra el proyecto elaborado

directamente en esta temática.

2. Autonomía y protección en materia de derechos personalísimos

Comenzaremos entonces analizando la tensión entre autonomía privada y protección en el marco de los derechos personalísimos. Es significativo señalar que, tanto el ejercicio de la autonomía privada como su limitación con fundamento en la protección de su titular, derivan de una misma razón: la dignidad de la persona humana. Es decir, autonomía y protección se justifican en el respeto a la dignidad de la persona titular del derecho. El Código Civil y Comercial recoge en el plano legislativo lo que ya se encontraba ampliamente plasmado en el ámbito constitucional y convencional, al indicar que la protección y la inviolabilidad de la persona humana se fundan en el reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51, CCyC). De este concepto nacen, como expresiones particulares, los derechos personalísimos (art. 52, CCyC).

Los Códigos Civiles del Siglo XIX –entre ellos el nuestro– no conocieron la construcción jurídica de los derechos personalísimos. Su reconocimiento se produjo, en el ámbito del Derecho Civil, sobre la base del concepto de derecho subjetivo, el que hasta el momento tenía connotaciones casi exclusivamente patrimonialistas. Pasadas las atrocidades vividas en la primera mitad del siglo pasado, los derechos nacionales avizoraron la necesidad de proteger al sujeto más allá de las relaciones jurídicas de las que formaba parte –familiares o contractuales–. El concepto de derecho subjetivo, ahora con contenido extrapatrimonial y con un origen inherente a la propia persona, sirvió de cauce jurídico a la preocupación por la protección de la persona¹⁵⁹. La filosofía, mediante el concepto de dignidad y el humanismo kantiano basado en reconocer a la persona como un fin en sí mismo, aportaron el fundamento ético¹⁶⁰. Un camino similar se recorrió en el Derecho Internacional, ámbito en el cual la protección de la persona llamó la atención de los Estados, los que consagraron un amplio catálogo de derechos (humanos) en Convenios internacionales, con el mismo fin de asegurar un mínimo de protección jurídica a la persona humana. Ahora, con la “constitucionalización del Derecho

por la “Comisión para la Modificación Parcial del Código Civil y Comercial de la Nación”, creada por Decreto Presidencial 182/2018 del 6 de marzo de 2018 e integrada por los doctores Julio César Rivera, Ramón Daniel Pizarro y Diego Botana (respecto a ésta última puede consultarse la ponencia titulada “La protección de la persona en la reforma propuesta a la parte general del Código Civil y Comercial” realizada en coautoría por Gabriela Chanfreau, Mariana Cogliatti, Esteban R. Hess, María Laura Izuzquiza, Esteban Louge Emiliozzi y Ezequiel Valicenti, presentada en las “I Jornadas de Derecho Privado”, desarrolladas en la ciudad de Azul, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, el día 29 noviembre de 2018).

¹⁵⁹ TOBIAS, José W., “Una concepción integral de la persona humana”, *Jurisprudencia Argentina*, suplemento del 07/11/18, p. 381 y ss.

¹⁶⁰ VIGO, Rodolfo L. y HERRERA, Daniel A., “El concepto de persona humana y su dignidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015-3, pp.11y ss.

Privado” y la introducción expresa de los derechos personalísimos en el Código, los caminos parecen haberse encontrado. Así, la construcción ius–privatista de los derechos personalísimos ha fortalecido sus fundamentos normativos, los que ahora se remiten a la profusa cantidad de disposiciones de origen convencional (arts. 1 y 2 CCyC)¹⁶¹. A los fines de nuestro análisis, nos parece elocuente señalar que los derechos personalísimos, al tener su origen en la noción de derecho subjetivo, constituyen un terreno que propicia el más amplio y pleno ejercicio de la autonomía privada.

A nuestro modo de ver, el Código trata los derechos personalísimos desde dos aristas. Por un lado, consagra el principio general de protección (art. 52, primera parte), disponiendo acciones preventivas e indemnizatorias frente a una afectación concreta (art. 52, segunda parte). Por otro lado, regula el ejercicio de ciertos derechos específicos (principalmente, a la imagen y a la disposición del propio cuerpo). En este segundo vértice es donde surgen las tensiones entre autonomía y protección. Veamos.

De la lectura del art. 19 de la Constitución Nacional –y ahora también de las normas convencionales– se concluye que existe un principio de autonomía que veda la intervención del Estado cuando se trata de decisiones autorreferentes, que no afectan a terceros y a los valores consagrados en el orden público¹⁶². El art. 55 del Código es tributario de esta tradición, al consagrar el principio general de disposición de los derechos personalísimos, para lo cual se requiere ineludiblemente el “consentimiento informado” de su titular. Luego, la misma norma fija los límites de la autodeterminación, los que se derivan de la contradicción con la ley, la moral o las buenas costumbres (limitación que guarda consonancia con el principio general del art. 10 del mismo Código). Sin embargo, éstos no son los únicos límites a la autonomía privada, pues a ellos deben adicionarse ciertas limitaciones fijadas por el legislador en virtud de cuestiones como: a) la *salud pública* –lo que ocurre, por ejemplo en el caso de los planes obligatorios de vacunación¹⁶³–; b)

¹⁶¹ La evidente constitucionalización y convencionalización de los derechos personalísimos nos lleva a preguntarnos por la conveniencia y utilidad de mantener su estudio en el marco del Derecho Civil. Es que, no puede negarse que su contenido se encuentra hoy en los instrumentos internacionales más que en las normas civiles. Sin embargo, coincidimos con Tobías en que la regulación ius–privatista de estos derechos conserva aún utilidad ya que permite efectuar precisiones a las generalidades contenidas en las normas de rango superior y asegurar su eficaz protección (TOBIAS, José W., “*Una concepción integral de la persona humana*”, cit, con cita a Díez Picazo). En otras palabras, los derechos personalísimos constituyen una expresión de la autonomía privada y por lo tanto continúa siendo pertinente su tratamiento en el Derecho Civil.

¹⁶² Es ineludible la referencia a Carlos Nino, quien sostenía que “*lo que el artículo 19 de la Constitución Nacional proscribiera es toda interferencia jurídica con acciones que no afecten intereses legítimos de terceros, aunque ellas representen una desviación de ciertos modelos de virtud personal y tenga el efecto de auto-degradar moralmente al sujeto que las realiza*” (NINO, Carlos S., “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las ‘acciones privadas de los hombres’?”, en *La Ley* 1979-D, p. 743).

¹⁶³ La CSJN rechazó la oposición de los padres de un menor al plan obligatorio de vacunación, obligándolos a llevarlo a un hospital para recibir las dosis obligatorias (CSJN, “N.N.O.U, V”, del 12/06/12, en *La Ley online*, cita: AR/JUR/23454/2012). Sobre el tema, ver *in extenso*, BERGER, Sabrina M., “Vacunación

el *solidarismo* –que es el fundamento que se desprende de la última reforma al régimen de trasplantes de órganos mediante la denominada “Ley Justina” (27.447), en el que se consagró una voluntad presunta de dación, sólo revocable por voluntad expresa de la persona con las estrictas formalidades previstas en la ley (arts. 32 y 33, Ley 27.447)–; c) la *mercantilización del cuerpo humano* o sus partes –lo que se observa, en las limitaciones fijadas para la dación de órganos (arts. 22 y 23, Ley 27.447), y también en la prohibición de comercialización sobre el cuerpo humano (art. 17, CN y 17 CCyC)–; d) los *excesos de la tecnificación de la vida y la salud* –lo que ahora resulta patentizado en la prohibición de las prácticas que tienen por fin producir una adulteración genética del embrión (art. 57, CCyC), y en una estricta regulación del consentimiento para las investigaciones científicas (art. 58, CCyC)–; y e) en la *protección de la persona* titular del derecho personalísimo cuya autonomía se veda, limitación sobre lo cual nos explayaremos.

Como ya expresamos, el ejercicio de la autonomía privada en decisiones autorreferentes goza de una fuerte presunción de legitimidad, por lo que cuando se pretende limitarla invocando la protección del propio titular, existe una carga de argumentación especial¹⁶⁴. De lo contrario, la limitación carecería de razón y devendría ilegítima. Por ello, es posible sostener que la limitación de la autonomía en virtud de la protección del sujeto debe: a) reconocer, como antecedente, una situación particular de vulnerabilidad, sea general o especial/circunstancial, y b) tener por fin el resguardo de la persona con miras a alcanzar una creciente autonomización del sujeto.

Como veremos en el siguiente apartado, hemos dejado atrás el tiempo en el que la verificación de una situación de vulnerabilidad –la minoría de edad, las enfermedades físicas o psíquicas, la ancianidad– determinaban la total supresión de la autonomía y su sustitución por la heteronomía –es decir, la voluntad de un tercero o el mandato de la ley–. Actualmente, el principio es la capacidad y la autonomía en el ejercicio de los derechos, incluidos –y sobre todo– los que hacen a la persona. Aun así, el Código recoge limitaciones particulares a la autonomía con fundamento en la vulnerabilidad/protección del sujeto. Pero ya no se trata de una intervención fundada en el paternalismo, sino de casos de protección especial, con centro en el reconocimiento y protección de la dignidad de la persona¹⁶⁵. Así, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, se fija un régimen particular que propende a la creciente autonomización del sujeto, en función de su edad y grado de madurez –y no ya de su capacidad¹⁶⁶–. También en el caso de las personas enfermas, si bien el ordenamiento permite un amplio margen para la autonomía privada obligatoria y decisiones médicas familiares”, en *La Ley*, del 22/02/19, p. 4).

¹⁶⁴ Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., La Ley, 2016, p.139.

¹⁶⁵ Conf. FERNÁNDEZ, Silvia E., “El ejercicio de derechos personalísimos por niñas, niños y adolescentes. Tensiones entre autonomía y vulnerabilidad”, *Revista Código Civil y Comercial*, 2018-7, p. 30.

¹⁶⁶ Aunque es posible advertir ciertos resquicios del paradigma anterior. Por ejemplo, para realizar directivas anticipadas, el criterio continúa siendo la capacidad del sujeto (art. 60, CCyC).

–incluyendo desde la “Ley de muerte digna” la posibilidad de rechazar tratamientos médicos frente a enfermedades incurables o estados terminales de la vida (art. 2 inc. e) Ley 26.529 sobre derechos del paciente, y ahora art. 59, inc. g del CCyC)–, se prevén igualmente limitaciones a la disposición de los derechos sobre su cuerpo, en razón de la protección (art. 58, sobre las investigaciones médicas en pacientes). Al respecto, advertimos que el art. 60 del CCyC al tiempo de permitir el ejercicio de la autonomía mediante las directivas médicas anticipadas, la limita para el caso en que su ejercicio implique el consentimiento de prácticas eutanásicas. Nos parece que la limitación no se funda en la protección de la persona¹⁶⁷, sino en una implícita jerarquía de valores o derechos (esto es, parece que la vida tendría valor superior sobre la autonomía), por lo cual, frente a la tendencia expansiva a la autonomía, no es aventurado suponer que será suprimida en futuras reformas.

El fin de las soluciones generales y abstractas demanda un nuevo modelo de resolución de las tensiones entre autonomía y protección en materia de ejercicio de los derechos personalísimos, las que ahora deben producirse en el caso en concreto, a partir de la ponderación de los principios en juego y la razonabilidad de la decisión (art. 3, CCyC). Sin embargo, la resolución de situaciones concretas nos muestra una *tendencia expansiva* de la autonomía frente a la protección. Así, los casos resueltos por órganos judiciales de jerarquía superior, y fundamentalmente, por la Corte Suprema de la Nación (CSJN) han mostrado preferencia por la autonomía de la persona¹⁶⁸.

En síntesis, y producto de la evolución que señalamos en la introducción, la autonomía privada en materia de derechos personalísimos se ha expandido considerablemente en los últimos años, razón por la cual muchas de las viejas limitaciones han desaparecido, y las que aún mantienen vigencia se fundamentan en el principio de protección especial cuando se trata de personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad generales o puntuales. Así vistas, autonomía y protección resultan de algún modo compatibles, pues no tienen sino en miras la plenitud de la persona y el respeto de su dignidad.

3. Autonomía y protección en materia de capacidad de ejercicio

En el ámbito de la autonomía de la voluntad de la persona y su protección a través del instituto de la restricción de la capacidad, se presenta un panorama que

¹⁶⁷ Explica Lorenzetti que en estos casos existe un interés público relevante que requiere la restricción del derecho individual como una forma de tutelarlos (LORENZETTI, Ricardo L, *El arte de hacer justicia*, Bs. As., Sudamericana, 2014, p. 146).

¹⁶⁸ No tenemos espacio aquí para un repaso jurisprudencial, por lo que remitimos al rico panorama narrado en HOOFT, Pedro F. y PICARDI, Geraldine J. – “Derechos personalísimos y bioética en la jurisprudencia”, *Jurisprudencia Argentina*, suplemento del 07/11/18, p. 103 y ss.

ha tenido profundas transformaciones. Como decíamos antes, del anterior sistema protectorio total (declaración de incapacidad de ejercicio absoluta para personas con alteraciones mentales) pasamos a uno en que la capacidad es el principio, y sólo se restringe el ejercicio de sus propios derechos en aquellos actos específicos que el juez determina en la sentencia (art. 31 incs. a y b y 32 CCyC). En el caso de los menores también se advierte un pasaje de una incapacidad casi absoluta en el Código de Vélez (art. 126 y siguientes) a una graduable, teniendo en cuenta no sólo su edad sino también su grado de madurez y comprensión de su situación (art. 26 CCyC). Así vemos cómo ha ido ganando terreno la autonomía de la voluntad por sobre el régimen protectorio.

Y este avance de la autonomía tiene trascendencia porque la capacidad es un atributo de la persona inherente a su condición humana, por ende el reconocimiento de la misma guarda relación con el respeto a su dignidad y libertad personal. La capacidad de ejercicio se erige ahora claramente como principio (art. 31 inc. a CCyC), y sus limitaciones son excepcionales.

Por eso, el Código Civil y Comercial en el artículo 32 le permite al Juez restringir la capacidad para determinados actos de una persona que padece una adicción o una alteración mental –permanente o prolongada–, y de suficiente gravedad. Y reafirma el carácter protectorio porque para así decidirlo, el juez debe estimar que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

Para ello se sistematizó y coordinó la legislación que se encontraba algo dispersa en el propio Código Civil (con las modificaciones impuestas principalmente por la ley 26.657 de Salud Mental), en la legislación complementaria, en los tratados internacionales y en la jurisprudencia que se abría camino para permitir que –con todas esas fuentes– se perfilara un nuevo sistema tuitivo de la capacidad de las personas a quienes, por alteraciones mentales, se les debía restringir la aptitud para ejercer por sí sus derechos¹⁶⁹.

Ahora bien, ese tránsito –como se preveía– no sería sencillo. Pasábamos de un sistema rígido y con categorías muy definidas en cuanto a la capacidad de ejercicio, a uno flexible y mutable. Antes la decisión era casi directa y objetiva; se definía a la persona como capaz o incapaz absoluto. Sólo aparecían ciertos grises con los débiles mentales que, junto a los pródigos, los ebrios y toxicómanos habituales, podían ser inhabilitados, requiriendo un asistente para sus actos de disposición. El juez en un proceso de insania, debía decidir si la persona era capaz (poniendo quizá en riesgo su integridad personal y patrimonial) o disponer su incapacidad absoluta, haciendo así desaparecer su autonomía de la voluntad, la cual era reemplazada por la del curador que se le nombrase. Los operadores jurídicos éramos conscientes que de esa forma se sacrificaban los valores de la justicia y la equidad (haciendo prevalecer el de la seguridad jurídica).

¹⁶⁹ Conferencia brindada por Esteban R. Hess en la Jornada sobre diálogos entre el Derecho Argentino y el Español, Azul, 17 de abril de 2017, bajo el tema “*La capacidad restringida en el Código Civil y Comercial de Argentina*”.

La ley de salud mental 26.657 vino a recoger los postulados de las convenciones sobre los Derechos del Niño, la Americana sobre Derechos Humanos, la Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otras. Antes también, respecto de los menores la ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y adolescentes había comenzado a brindar capacidad progresiva a los menores de edad. Finalmente la Ley de los derechos de los pacientes (26.529) reconoció la capacidad de los menores para autodeterminarse en ciertos actos médicos.

Todos estos antecedentes, confluyen finalmente en el Código Civil y Comercial, que no derogó las mencionadas leyes, coexistiendo los distintos sistemas normativos. Puede interpretarse que el Código presenta las reglas generales respecto de la capacidad, en tanto la legislación especial regula aspectos específicos de estas situaciones.

En lo que entendemos como un avance de la autonomía personal, la actual normativa ya no contempla incapacidades de ejercicio absolutas (salvo las excepciones del párrafo final del art. 32 CCyC), sino que trae el concepto de capacidad restringida graduable en la que el juez debe especificar las funciones para las que la persona necesitará apoyos, con los ajustes razonables en función de sus necesidades y circunstancias. En esta nueva categoría –como la prevé el Código– se espera que cada sentencia sea única, y se ajuste perfectamente a la particular situación del sujeto.

En el caso de los menores, el Código Civil y Comercial también innova con respecto a su capacidad para la toma de decisiones. Si bien se mantiene la incapacidad para la realización de actos patrimoniales (art. 26 CCyC) y la actuación a través de sus representantes legales, se advierte una flexibilización para los actos extrapatrimoniales, en particular los referidos a la disposición del propio cuerpo. Para ello, el Código formula referencias a la edad y grado de madurez del menor. Así el adolescente (menor que cumplió 13 años), si bien ejerce sus derechos a través de sus representantes, puede –según su grado de madurez– realizar actos que el ordenamiento jurídico le autoriza. Gradualmente se les permite decidir sobre tratamientos médicos que no sean invasivos o comprometan su salud, considerándolo como un adulto para tales decisiones a partir de los 16 años.

El art. 32 del Código Civil y Comercial marca los presupuestos necesarios para restringir la capacidad de las personas, y la situación excepcional en que se los puede incapacitar. Podemos asumir como principio que la capacidad de ejercicio general de la persona humana se presume (aun estando internada), y que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional, generalmente parciales y se imponen siempre en beneficio de la persona. Además, para tomar la decisión de restringir la capacidad por sentencia judicial, se requiere la intervención de un equipo interdisciplinario, lo mismo que para

el tratamiento que se aplique, dejando de lado el criterio médico/jurídico que imperaba. Así se analiza ahora a la persona en su conjunto, con sus debilidades y fortalezas, con su grupo de contención y en su dinámica social. Vemos de esta forma cómo el principio protectorio cede frente a la autonomía de la voluntad.

Se le reconoce además a la persona (cuya capacidad está en análisis) el derecho a recibir información a través de medios y técnicas adecuadas para su comprensión, intentando borrar las barreras que impidan el ejercicio de sus propios derechos o la comprensión de su particular situación. También tiene el derecho a participar en el proceso en que se determine su capacidad con asistencia letrada, la cual será proporcionada por el Estado si careciera de medios. De esta forma, se evita que otras personas decidan con independencia de su opinión, dándole la posibilidad de ser escuchado y que se evalúen sus peticiones.

El juez al dictar la sentencia tendrá que restringir (si lo entiende conveniente) la capacidad de ejercicio sólo respecto de aquellos actos de los cuales se tema, que -del ejercicio de la autonomía- pudieran generar daño a la persona de cuya capacidad se trata. Pero lo hará junto a un equipo interdisciplinario –integrado por médicos, psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, entre otros– que le permitirá analizar a la persona desde distintos perspectivas y no solamente desde la salud mental. Así podrá advertir en que supuestos el ejercicio de su propia actuación puede resultar beneficioso, y en qué casos específicos ello sería perjudicial, definiendo su decisión con la necesaria entrevista con el sujeto, haciendo efectivo el principio de inmediación. Siempre las restricciones a la capacidad serán específicas y concretas, pues presuponen una persona humana capaz pero que, para la realización de determinados actos, necesitará contar con el o los apoyos necesarios, los que deberán promover su autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

La incapacidad queda reservada sólo a supuestos de extrema gravedad, en los que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato. Es decir, la persona no debe mostrar ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, y hallarse imposibilitada de interactuar o de reaccionar a estímulos. Si bien esta categoría ha sido criticada por considerarla violatoria del art. 12 de la Convención, lo cierto es que hay supuestos de la gravedad indicada, que hacen inviables los sistemas de apoyos, y requieren sustituir la voluntad que –en realidad– se encuentra ausente. A todo lo antedicho se suma la necesidad de que la sentencia que determina la restricción o la incapacidad, sea revisada en un plazo no superior a los tres años, como garantía de que esa decisión sea ajustada también en el tiempo, pudiendo modificarse, ya sea ampliando la gama de actos restringidos, o –por el contrario– disminuyéndola, o rehabilitando a la persona.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un reciente

fallo, revocó la sentencia de Cámara que había declarado a una persona como incapaz absoluta, entendiendo que el tribunal de alzada había omitido ponderar la particular situación del sujeto que, según las constancias obrantes en el expediente, presentaba un retraso mental moderado, pero manifestaba sus gustos y preferencias, presentaba un lenguaje acorde a su nivel, colaboraba en tareas simples y podía llevar a cabo su vida cotidiana con la asistencia de sus familiares de modo que no se trataba –dijo– de una persona que se encontrara absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y respecto de la cual pudiera afirmarse sin más que el sistema de apoyos resultara ineficaz.

La Corte concluyó que el pronunciamiento que había declarado la incapacidad del causante en los términos del art. 32, último párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación se apoyaba en conclusiones que no encontraban fundamento en las constancias comprobadas de la causa, por lo que resultaba arbitrario¹⁷⁰. Este fallo permite apreciar cómo el Máximo Tribunal ratifica lo expresado por el último párrafo del art. 32, y como venimos sosteniendo queda reservada la declaración de incapacidad para casos extremos en que ninguna otra posibilidad es viable (casos que naturalmente existen).

Esta es la situación que presenta hoy la temática. Sin embargo el Anteproyecto de modificación del Código Civil y Comercial¹⁷¹ propone ampliar la redacción del art. 32, profundizando el camino emprendido. En tal sentido, afirman sus autores que no surgiría de la redacción actual en forma clara y precisa la situación de aquellas personas que padecen dificultades para expresar su voluntad ya no por una alteración mental o adicción, sino como consecuencia o efecto de sus limitaciones corporales o físicas.

De esta manera, los supuestos de procedencia del proyectado artículo 32 incluirían el paradigma del modelo social de discapacidad. Se ampliaría la mirada a todos los supuestos, a todas las barreras que impidan la autonomía del sujeto en el diseño y concreción de su plan de vida, reconociendo la variedad de casos en los cuales el obstáculo se presenta como una causa física/corporal y no mental, lo cual nos parece acertado y acorde al sistema de normas nacionales y supranacionales que abordan estas situaciones.

Vemos así –conforme lo veníamos anticipando– la forma en que el principio de la autonomía se viene ampliando, mientras que el protectorio –si bien no desaparece– tiene nuevas dimensiones, cuyo paradigma es el sistema de apoyos en tanto mecanismo que permite a la persona con capacidad restringida la toma de decisiones y el respeto a la autonomía de su voluntad. Y ello se ve reforzado en el Código, que las define como medidas judiciales o extrajudiciales que *faciliten* al sujeto dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Pero que tiene además como funciones la

¹⁷⁰ C.S.J.N., “P.A.,R. s/Determinación de la Capacidad”, del 07-02-2019, en *IJ Editores*, Cita: IJ-DXLVII-11.

¹⁷¹ Proyecto elaborado por la “Comisión para la Modificación Parcial del Código Civil y Comercial de la Nación”, mencionada en la nota 8.

de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de la voluntad de la persona. Incluso, la ley le permite a la propia persona proponer quiénes puedan ser sus apoyos.

Dentro de este nuevo panorama, y para mejor decidir, el juez deberá necesariamente entrevistar a la persona, convencerse (o ser convencido) de qué actos puede realizar por sí y para cuales necesitará apoyos que lo acompañen a expresar su voluntad. Y para esa decisión contará además con los principios generales de la dignidad de la persona, su autodeterminación, el principio de libertad, y fundamentalmente el de considerar al sujeto como capaz, con las solas excepciones que sean estrictamente necesarias, en la faz tuitiva que en estos casos tendrá el instituto de la capacidad restringida. Todos estos preceptos, hacen que se logre la solución más justa, y que la decisión se ajuste perfectamente a la situación de cada persona.

Cada sentencia debe ser una obra artesanal, única e irrepetible –periódica y necesariamente revisable–, quedando el supuesto de incapacidad total para los pocos casos de padecimientos verdaderamente profundos que le impidan a la persona la interacción con el mundo y la participación en la toma de las decisiones que le competan.

Ojalá sea el auspicioso futuro que nos depare la nueva legislación (como ya lo viene demostrando la jurisprudencia), y que los resortes de control no hagan caer en letra muerta las directrices que guían la mayor autodeterminación de las personas que padecen alguna restricción a su capacidad.

4. Autonomía y protección en materia de actos jurídicos

Como decíamos en la introducción, el área del derecho privado patrimonial donde mejor se advierte la tensión entre autonomía de la voluntad y protección es en materia contractual. El art. 1.197 del Código Civil derogado era la norma que más claramente reflejaba el espíritu liberal de aquél cuerpo legal. La ley 17.711 no modificó esa norma, pero la atemperó con la incorporación de institutos tales como la buena fe lealtad (art. 1.198), el abuso del derecho (art. 1.071), la lesión (art. 954), entre otros. El Código Civil y Comercial también consagra el principio de autonomía de la voluntad y se refiere al efecto vinculante de los contratos pero en términos más moderados que su antecesor (arts. 958 a 960), mantiene el vicio de lesión (art. 332) y eleva a los principios de buena fe y de abuso del derecho al rango de principios generales del derecho (arts. 9 a 11), sin perjuicio de muchas otras disposiciones que demuestran que el nuevo ordenamiento ha procurado alcanzar un razonable equilibrio entre autonomía de la voluntad y protección de la parte débil de la relación jurídica.

Ahora bien, dado que el objeto de estas reflexiones está acotado a la parte general del Derecho Privado, no nos extenderemos en la materia contractual y centraremos

nuestro análisis en un instituto sumamente interesante, como lo es el vicio de lesión (art. 332), ya que el mismo es un clarísimo reflejo de cómo ha sido el devenir en esta relación entre autonomía de la voluntad y protección del débil en materia de actos jurídicos patrimoniales en general.

Vélez Sarsfield –como indicamos- rechazó la lesión en la nota al art. 943, cuya parte final decía que “*El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.*” Queda así en claro que el primer codificador no dio cabida a la idea del débil jurídico en materia contractual. En su razonamiento, si el acto no estaba afectado por una situación extrema como lo son los vicios de la voluntad (error, dolo o violencia), era plenamente válido.

La ley 17.771 incorporó el vicio de lesión en el art. 954, siendo ésta una de las modificaciones que mejor refleja el espíritu solidarista que dicha ley de reformas insufló al por entonces ya antiguo Código Civil. No hay ninguna duda de que esa incorporación implicó una conquista de la protección del débil jurídico y, correlativamente, un retroceso de la autonomía de la voluntad. No obstante, el nuevo instituto también era en sí mismo una demostración de la tensión entre autonomía de la voluntad y protección. Piénsese, por ejemplo, que la nueva norma sólo preveía tres supuestos de inferioridad en que podía encontrarse la víctima (necesidad, ligereza o inexperiencia), dando lugar a que un importante sector de la doctrina, más afín a las ideas liberales, entendiera que era una enumeración taxativa y de interpretación restrictiva. Del mismo modo, en su parte final disponía que el accionante tenía opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del acto, pero la primera de esas acciones se transformaría en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar demanda, lo que implicaba otorgarle un margen importante de autonomía de la voluntad al demandado aun cuando sea el victimario¹⁷².

El Código Civil y Comercial regula el vicio de lesión en el art. 332, el cual es muy similar a su antecesor. El cambio más significativo es que reemplazó la palabra “ligereza” por “debilidad síquica”, con el propósito de despejar las dudas interpretativas que tal vocablo había generado.

Ahora bien, llegados a este punto, es muy interesante advertir que el proyecto de reformas elaborado por la “Comisión para la Modificación Parcial del Código Civil y Comercial de la Nación” a la que aludimos en la nota al pie n° 8, innova profundamente en la regulación del instituto, ya que propone sustituir el texto del art. 332 por el siguiente: “*Art. 332. Lesión: Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la debilidad psíquica, la condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad o el sometimiento de la otra a su*

¹⁷² No desconocemos que el fundamento último de esta disposición es el principio de conservación del acto jurídico. Sin embargo, es innegable que tal solución también importa dar preeminencia a la voluntad del demandado.

poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza. La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones debe transformarse en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción”.

Si bien no nos extenderemos en muchos aspectos de análisis muy interesantes que plantea el texto proyectado¹⁷³, es importante observar, a los fines de estas reflexiones, que el mismo amplía notablemente los supuestos de inferioridad en que puede encontrarse la víctima, e inclusive menciona a la “sorpresa” como elemento autónomo que puede dar lugar a la invocación de la lesión. Y si bien hubiera sido deseable que el texto propuesto aclarara definitivamente si esa enumeración es taxativa o enunciativa, lo cierto es que incorpora supuestos –como la relación de confianza– que difícilmente pueden considerarse incorporados en el texto vigente, aun cuando se interprete el mismo con un sentido muy amplio.

No es casual que la Comisión encargada de elaborar este proyecto de reformas al Código Civil y Comercial sugiera esta modificación al art. 332 y lo haga en el sentido apuntado, ya que –como lo explican sus miembros en la nota de elevación– uno de sus objetivos es bregar por la protección jurídica diferenciada de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por razones de edad, sexo o condición social.

5. Conclusiones

Esta rápida recorrida por algunos de los contenidos centrales de la denominada “parte general” del Derecho Privado nos permite observar que la misma no se ha mantenido ajena al fenómeno que se viene observando desde hace muchas décadas, es decir, un avance del principio de autonomía de la voluntad en las relaciones y situaciones jurídicas extrapatrimoniales, y un avance del principio de protección en las relaciones y situaciones jurídicas patrimoniales.

Mirando al futuro, y más allá de las connaturales dificultades que implica conjeturar sobre lo que podrá ocurrir, pensamos que esa tendencia no se encuentra agotada, es decir, que el fenómeno descrito seguirá profundizándose. Ello se observa con nitidez en el primer proyecto de reforma integral al Código Civil y Comercial, en la evolución de ciertos temas en la doctrina y la jurisprudencia, y también en las soluciones que adoptan algunos operadores jurídicos distintos a los jueces, como son los “Registros Civiles”.

¹⁷³ Puede ampliarse por nuestra ponencia mencionada en la nota al pie n° 8 y en otros trabajos de nuestra autoría que allí se citan.

Por lo demás, y aunque no nos hayamos detenido en ella por exceder los límites de este trabajo, existe una razón más profunda que da un sustento más firme a tal conjetura. Nos referimos a las valoraciones sociales, que son las que en definitiva, más temprano o más tarde, orientan las soluciones jurídicas. En efecto, observar las respuestas que da la sociedad de nuestro país frente a situaciones o debates concretos, permite afirmar que un sector mayoritario sigue reclamando más autonomía de la voluntad en materia extrapatrimonial y, a la inversa, mayor protección en cuestiones patrimoniales. Por ello, no habrá de extrañarnos si en un futuro cercano o al menos mediato se siguen produciendo transformaciones vinculadas a este fenómeno, tanto en el Derecho Privado en general como en su “parte general” en particular.

Derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes

Su proyección en la Responsabilidad parental

Krasnow, Adriana Noemi¹⁷⁴

*“... se reemplaza la idea de poder o dominación por una actuación compartida con los adultos de modo que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer plenamente sus derechos como ciudadanos. Ello significa su empoderamiento, con incidencia en su capacitación que lleva a la autoestima, al avance la autonomía, al incremento de sus habilidades sociales y al compromiso solidario...”*¹⁷⁵

1. Introducción

A través de esta colaboración se busca describir cómo la responsabilidad parental se concibe en el presente como un instituto que se flexibiliza y limita su alcance en sintonía con el reconocimiento del derecho de participación que le cabe a niñas-niños y adolescentes en toda cuestión que se vincule con sus derechos personalísimos.

La inserción del problema propuesto en la obra *Persona, autonomía y protección en la Teoría del derecho*, resulta coherente, dado que uno de los problemas que despiertan especial preocupación en quienes abrazamos el Derecho de las familias, infancia y adolescencia, se vincula con la exigencia de buscar un equilibrio entre la función que tienen los progenitores como titulares de la responsabilidad parental con el ejercicio de los derechos personalísimos de los hijos menores de edad.

Desde nuestro lugar, nos proponemos asumir el problema expuesto poniendo en acto una tríada inescindible: derechos personalísimos, capacidad y autonomía progresiva. En esta dimensión, se emprende un estudio orientado a lograr un enlace armónico entre ciertos deberes de los progenitores, como el deber de respeto que tienen

¹⁷⁴ Investigadora Independiente, CONICET. Doctora en Derecho. Profesora Asociada, Derecho de las Familias, Facultad de Derecho, UNR.

¹⁷⁵ GROSMAN, Cecilia P., “La participación de niños, niñas y adolescentes en la sociedad”, en *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes*, Cecilia Grosman (direct.) y Carolina Videtta (coordinadora), Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2019, págs. 93-94.

en todo lo referente a los derechos personalísimos de los hijos menores de edad con el deber de cuidado, orientación y dirección para la efectividad de estos derechos (art. 646, CCC).

Desde este lugar, nos cuestionamos

- a- Cómo definir e interpretar el alcance de los derechos que titularizan niñas, niños y adolescentes como personas libres y autónomas.
- b- Cómo conciliar el interrogante que precede con la actuación de los progenitores como titulares de la responsabilidad parental.

Responder a los interrogantes planteados, exige en nosotros encarar un análisis despojado de posiciones rígidas y, en esta tónica, incluso de aquellos elementos que permitan el acceso a respuestas realizadoras de los derechos afectados en cada particularidad (art. 3, CCC). Desde esta visión, emprenderemos un recorrido que partirá de explicar las categorías conceptuales en estudio, partiendo de un encuadre de derechos personalísimos y qué peso tiene la dignidad entre los mismos y, así, avanzar en el análisis de la capacidad en relación con el principio de autonomía progresiva y representación; culminando el desarrollo con el objeto propuesto: responsabilidad parental y derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes.

Con la introducción que precede, invitamos a transitar juntos el desafío propuesto.

2. Encuadre previo de las categorías conceptuales en estudio

2.1. Derechos personalísimos

En el Código Civil y Comercial – en adelante, CCC -, el Título I del Libro Primero “Parte general”, recibe el nombre de “Persona humana”, dejando atrás la referencia a la persona de existencia visible que traía el CC derogado. Este acierto legislativo, reconoce su fuente en el Proyecto de 1998, cuando entre sus notas expresa: [L]a noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano por el hecho de serlo y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad de sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley, el derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin [...].

El considerar a la persona como un término anterior a la ley, justifica el omitir toda definición de la misma, como lo hacía el artículo 51 del CC derogado. Como señala con acierto Tobías: [...] la terminología adoptada es suficientemente caracterizadora: es

la calidad de “ser humano” lo que determina la condición de “persona humana” para el derecho. Así, no podría investir esta calidad quien no es ser humano ni tampoco dejar de tener esa condición quien lo es [...] la noción de persona es un prius respecto de la capacidad, que es un posterius. Se tiene capacidad porque se es persona y no a la inversa: es la existencia de esta el antecedente necesario para ser titular de intereses, derechos y deberes [...] ¹⁷⁶.

Con esta visión constitucional y convencional que denota la visión humanista que atraviesa a todo el sistema, se inserta dentro del Libro Primero del CCC, el Capítulo 3 sobre “Derechos y actos personalísimos”. Este significativo agregado reconoce como antecedente el Anteproyecto de régimen integral de tutela de los derechos personalísimos elaborado por Cifuentes y Rivera ¹⁷⁷, el Proyecto de Reforma al Código Civil elaborado por la Comisión designada por decreto 468/1992 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998.

Para avanzar en el análisis, debemos partir por decir que se entiende por derechos personalísimos. Cifuentes, los define como: [...] derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical [...] ¹⁷⁸.

Para Rivera, estos derechos: [...] constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral [...] ¹⁷⁹.

En suma, como con acierto enseña Galgano, los derechos personalísimos son derechos del hombre que se les reconoce y garantiza ¹⁸⁰.

Las definiciones que preceden, contienen sus caracteres:

- a) absolutos: su ejercicio se proyecta a todos y se ejercen de forma indefinida;
- b) extrapatrimoniales: los bienes que protegen no son objeto de valuación en dinero.
- c) inherentes a la persona: son innatos y esto hace que no dependa el nacimiento y extinción de estos derechos de la voluntad del titular.
- d) se encuentran fuera del comercio ¹⁸¹.

¹⁷⁶ TOBIÁS, José W., “Una concepción integral de la persona humana”, La Ley Online AR/DOC/3209/2018.

¹⁷⁷ El Anteproyecto citado se elaboró en el año 1985. Sobre el particular, ver en ED, 115-832.

¹⁷⁸ CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 200.

¹⁷⁹ RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, T.I., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pág. 22

¹⁸⁰ GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 7ª. Ed., Padova, Cedam, 1992, pág. 84.

¹⁸¹ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Los derechos personalísimos y sus principales caracteres”, en *Estudio de los Derechos personalísimos*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,

Estudiar a la persona humana en vinculación con sus derechos personalísimos, exige partir de la dignidad e inviolabilidad como elementos que marcan su esencia. En esta lógica, el artículo 51 con el que se inicia el Capítulo 3, dice: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Como puede apreciarse de la lectura del enunciado, la dignidad y la inviolabilidad hacen a la persona humana, siendo la primera fuente de todos los demás derechos personalísimos. En esta dimensión, constituye un principio constitucional y convencional, como se desprende del artículo 75, inciso 22 y el artículo 42 cuando hace referencia a “condiciones de trato equitativo y digno”, como derecho que les corresponde a los consumidores y usuarios de bienes y servicios¹⁸².

Con esta dimensión, se introduce en el CCC. Como explica Tobías: [L]a incorporación de la noción de dignidad – como la de la inviolabilidad de la persona- supone un progreso relevante en el esquema del derecho privado argentino: se adecua, como dijimos a una tendencia creciente en el Derecho comparado e internacional-reflejado en la recepción por las constituciones nacionales y los tratados internacionales-y, además, en las últimas décadas, en su incipiente aparición en los códigos civiles (seguramente, por las complejas cuestiones que plantean los avances científicos en el ámbito de la bioética) [...] ¹⁸³.

En relación a la mención que el autor trae en relación a la bioética, corresponde señalar que en este campo se han dictado documentos que reconocen a la dignidad como un derecho inherente a la condición humana¹⁸⁴.

Respecto a esto último, en el apartado que sigue, derivamos la atención al

Buenos Aires, La Ley, 2019, pág. 27; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, op cit., págs. 175 y ss.

¹⁸² Entre los instrumentos internacionales que valorizan la dignidad, cabe citar: Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 5 y 11; Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo; Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño; Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13; Convención Interamericana sobre la Protección de los derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 3; Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Preámbulo de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Preámbulo de la Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer; Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Preámbulo sobre la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanas o degradantes.

¹⁸³ TOBIÁS, José W., “La dignitas: principio y valor constitucional. Fundamento de los derechos personalísimos. Límite a la disponibilidad de los derechos personalísimos”, en *Estudio de los derechos personalísimos*, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, La Ley, 2019, págs. 82-83.

¹⁸⁴ En relación a Documentos vinculados con la Bioética, pueden mencionarse: Declaración del Helsinki de la Asociación Médica Mundial; Convenio sobre la Protección de los derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y Medicina (Oviedo, 2007); Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, Unesco 2005, art. 3º y 11.

estudio de la capacidad, autonomía progresiva y representación legal desde un abordaje que parte de vincular la dignidad con la capacidad.

3. Capacidad, autonomía progresiva y representación legal

3.1 Dignidad y capacidad

Trabajar la tríada comprendida en este apartado, importa rendir un homenaje al 30º aniversario de la Convención de los Derechos del Niño – en adelante, CDN-. Decimos esto, porque justamente fue este instrumento internacional de derechos humanos el que instaló el principio de autonomía progresiva en el Derecho interno y, como correlato, instaló la exigencia de ponderar la capacidad en sintonía con la competencia en el actuar.

En esta dimensión, el CCC consolida este principio, al consagrar la regla de que toda persona humana es capaz. De esta forma, se deja atrás un sistema cerrado en el cual la adquisición de la capacidad se ajustaba a términos rígidos que fundados en abstracciones se destinaban a la generalidad y no atendían a la particularidad.

El pasaje a un modelo invertido en su base, se pone de manifiesto en los enunciados contenidos dentro del Libro Primero “Parte General”, en la Sección 1º “Principios generales”, del Capítulo 2 “Capacidad”, como surge de lo dispuesto en los artículos 22 y 23: “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto a hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”.

“Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

Los enunciados que preceden se deben enlazar con lo dispuesto en el artículo 51 del CCC, cuando consagra como señalamos, la inviolabilidad y la dignidad de la persona humana. Lo dispuesto, como enfatizamos, deja en claro que la dignidad es un carácter inherente a la persona humana y, como destaca Lamm, constituye la fuente de la cual emanan todos los derechos personales¹⁸⁵.

Siguiendo esta línea de análisis, estamos en condiciones de afirmar que la capacidad como atributo que también hace a la condición de persona, debe ser enmarcado como un derecho más.

En sintonía con lo expuesto, Fernández en alusión al artículo 19 de la CN, destaca que: [...] la dignidad humana como valor fundante exige el respeto a las decisiones personales y de ella deriva la trascendente noción bioética de autonomía, dotada en

¹⁸⁵ LAMM, Eleonora, “Derecho a la dignidad e integridad personal de niños, niñas y adolescentes. Hacia una eliminación del castigo corporal y humillante”, en *Tratado de Derecho de niñas, niños y adolescentes*, T. II, Silvia Fernández (direct.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

nuestro país de expreso rango constitucional [...] ¹⁸⁶.

Asimismo, aclara que la dignidad no se reduce a la autonomía, dado que podemos encontrarnos con situaciones en donde ésta última se encuentre limitada o prácticamente nula y, no obstante, la misma persiste por ser inherente a la condición humana.

El desarrollo alcanzado, nos permite avanzar en la vinculación y puesta en acto de la tríada capacidad, autonomía y representación legal.

1.2. Capacidad, autonomía progresiva y representación legal. Un estudio en clave constitucional y convencional

Vinculando lo expuesto con los principios y valores que emanan de la CDN, surge que el sistema guarda armonía con la misma, dado que parte de proclamar al universo que comprende como personas humanas. Es bajo esta premisa que establece como principio rector tuitivo de la realización de los derechos que consagra, el interés superior del niño, uniendo a esto el principio de autonomía progresiva como medio que posibilita definir en cada realidad concreta el ejercicio de los derechos.

En este contexto, el CCC al ocuparse de las personas menores de edad, distingue dos clases: a) *Persona menor de edad*: comprende a quienes no cuentan con 13 años de edad y b) *Persona menor adolescente*: abarca el colectivo integrado por quienes se ubican entre los 13 a 18 años de edad. De esta forma, quedan en el recuerdo denominaciones con respaldo en lo biológico, como “impúber” y “púber” ¹⁸⁷.

La apertura descripta es la que permite un despliegue armónico entre capacidad y autonomía progresiva; introduciendo en este marco el instituto de la representación legal con una impronta que se aleja en un todo, de cómo fue pensada en sus orígenes en el código velezano.

Aun cuando, el artículo 26 empieza el enunciado declarando que “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales [...]”; esta regla debe interpretarse como un recurso orientado a preservar la asistencia y protección que acompañará a la persona menor de edad en su proceso de crecimiento y desarrollo. Con esta visión, corresponderá evaluar en cada caso, si el grado de madurez y comprensión, habilita el derecho de participación de la niña, el niño y el adolescente.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ, Silvia E., “Derechos de niños, niñas y adolescentes y final de la vida. Autonomía progresiva y consentimiento informado; planificación vital y dignidad”, en *Derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes*, T. I., Cecilia Grosman (direct.) y Carolina Videtta (coord.), Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2019, pág. 138.

¹⁸⁷ KRASNOW, Adriana N., “Capacidad, autonomía progresiva, representación legal y derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. Un aporte que busca armonizar estos términos y así debilitar situaciones de vulnerabilidad”, en *Tratado de vulnerabilidad*, Úrsula Basset (direct.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, págs. 409-455.

Desde esta perspectiva, la representación legal debe ser entendida como una función que asume el representante en beneficio del representado. En base a esta premisa, la dinámica del instituto se ajustará en su alcance a la capacidad madurativa del representado.

Como puede apreciarse, los contornos de la representación legal en el hoy, no responden a cómo se los pensó y reguló tiempo atrás. Mientras que en el pasado se delegaban en el representante las facultades de decisión, sustituyendo la voluntad del representado; en el sistema vigente, la función del representante se limita a proteger, acompañar y contener al representado, recayendo en éste el ejercicio de sus derechos cuando el grado de madurez lo amerite.

Simbolizando lo expuesto en una balanza, el peso mayor se inclinará a favor del representante legal durante los primeros años de vida del representado y progresivamente el peso se nivelará y será mayor del lado del representado cuando la capacidad madurativa le permita adquirir habilidades para actuar por sí¹⁸⁸.

En esta instancia del desarrollo, podemos decir que asociar el principio de autonomía progresiva con el derecho de participación, importa poner en acción este principio de fuente convencional y constitucional, como se desprende del plexo normativo que lo proclama y regula.

Empecemos el recorrido con párrafos de la la Opinión Consultiva N°17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante, CIDH –, sobre “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, aprobada el 28 de agosto de 2002, cuando expresa: [E]l aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso [...].

En la misma línea, la Observación General N° 12 emanada del Comité de los Derechos del Niño, sobre “El derecho del niño a ser escuchado”, de fecha 20 de julio de 2009, establece en la primera parte del párrafo segundo: [E]l derecho de todo niño a ser escuchado y tomado en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha identificado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, siendo los otros el derecho a la no discriminación, derecho a la vida y el desarrollo, y el principal la consideración del interés superior del niño, que pone de relieve el hecho de que este artículo establece no sólo un derecho en sí, sino que también deben ser considerados en la interpretación y aplicación de todos los demás derechos [...].

Asimismo, en la Observación General N° 14 del mismo Comité, sobre “El

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ, Silvia E., “Arts. 22 a 50”, en *Código Civil y Comercial Comentado*, Marisa Herrera – Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (direct.), Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 67.

derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, de fecha 29 de mayo de 2013, se explica cómo este principio rector se construye con la efectividad del derecho de niños y adolescentes a ser oídos¹⁸⁹. Con este objeto, señala: [L]a evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida [...] Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño (art. 5). El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior [...].

La reseña que precede permite mostrar que el derecho a ser oído y el derecho de participación como una expresión de mayor alcance, constituyen una materialización del principio de autonomía progresiva consagrado a nivel convencional, en los artículos

¹⁸⁹ Distri. General, 29 de mayo de 2013. En este documento, se define el interés superior del niño desde una triple dimensión: [...] a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos [...]

5 y 12 de la CDN¹⁹⁰; mientras que a nivel interno lo encontramos en el CCC, los artículos 3 y 27 de la Ley de Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 y en las normas provinciales que adhieren al texto nacional, cuando se hace referencia a las aptitudes que todo niño adquiere durante su crecimiento y desarrollo¹⁹¹.

En relación al artículo 12.1 de la CDN, creemos necesario detener la atención en el cómo debe ser interpretado en sus alcances. El texto dice: Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez [...]

Ajustarse solo a la letra del enunciado, nos llevaría a concluir que solo aquellos niños y adolescentes que pueden hacer un juicio propio podrían ejercer el derecho a ser escuchados. Pero, somos conscientes que debemos emprender una interpretación que integre al sistema como un todo. En esta línea, Mizrahi señala que: [...] el alcance del mencionado precepto es mucho más amplio a la luz de la interpretación de un órgano de singular importancia en la materia, como lo es el antes referido Comité de los Derechos del Niño [...] ha señalado ese organismo que el comentado art. 12 [...] no debe verse como una limitación sino como una obligación de los Estados parte de evaluar la capacidad del niño [...]¹⁹².

Atento lo precedente, la definición sobre el ejercicio de este derecho no se medirá en función de términos rígidos como la edad, sino en función de la realidad que integre a una persona menor de edad en concreto. Mucho incidirá en su grado de madurez, las vivencias y los acontecimientos que lo acompañaron a lo largo de su corta vida; teniendo especial importancia la puesta en juego de categorías conceptuales comprometidas en la cuestión, como capacidad, competencia y autonomía progresiva.

La competencia, término que encuentra sus orígenes en la Bioética y que el Derecho capta, se caracteriza por su flexibilidad, dado que se define sobre la base de parámetros que se ponderan en atención a la comprensión que puede tener una niña, un niño o un adolescente en relación a la problemática que importe un compromiso de derechos. Esta autonomía merece y tiene que ser considerada, con especial énfasis, cuando se trate de derechos personalísimos, entre los cuales cobran especial relevancia

¹⁹⁰ Este derecho también se reconoce en otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1 y la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.1.

¹⁹¹ Sobre el tema ver: KRASNOW, Adriana N., “La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 51, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 73. Se recomienda el encuadre del principio de autonomía progresiva, elaborado por Lloveras y Salomón en su obra: *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, págs. 418 - 419.

¹⁹² MIZRAHI, Mauricio L., *Responsabilidad parental*, Buenos Aires, Astrea, 2015, pág. 57.

por contribuir a la realización de todos los derechos, el derecho a la dignidad y el derecho a vivir en familia¹⁹³.

Conforme esta apertura, es que en el párrafo 21 de la Observación General N° 12, se comprenden otras formas de expresión como garantía del derecho de participación: [...] el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura [...]

Pero también y a modo de resguardar a la persona menor de edad, en el párrafo 24 del mismo documento se establece que: [...] el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de lo necesario, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de escuchar al niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño [...]

Haciendo propia esta premisa, en las Reglas de Brasilia se expresa: [...] es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de las prácticas de las diversas actuaciones en las que debe participar la misma persona [...] (regla 69).

Desde otro lugar, corresponde respetar el derecho a no ser escuchado como una manifestación del derecho de autodeterminación. Siguiendo con el mismo documento,

¹⁹³ Sobre el derecho de participación de niñas – niños y adolescentes en el proceso, ver entre otros: SCHERMAN, Ida A., “El derecho a ser oído. Los niños y adolescentes en los procesos y la tarea de los adultos”, en *Tratado Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes*, T. III, Silvia E. Fernández (direct.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, pág. 2601, “La autonomía progresiva, las 100 reglas de Brasilia y el asesor de incapaces. Desde la mirada de la libertad a la igualdad”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 52, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 155; PETTIGIANI, Eduardo J., “La voz del niño en el proceso de familia. Perspectivas desde el derecho comparado”, en *Tratado Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes*, T. III, Silvia E. Fernández (direct.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, pág. 2619; CASTRO, Susana y NICOLINI, Graciela, “La voz del niño en el proceso de familia: interdisciplina, derechos y campo jurídico”, en *Tratado Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes*, Silvia E. Fernández (directora), T. III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, pág. 2646; FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, “Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina”, en *Derecho Procesal de Familia*, Jorge Kielmanovich y Diego Benavides (compiladores), San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008, pág. 179; MORENO, Gustavo D., “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 35, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 55; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho constitucional del menor a ser oído”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho Privado en la reforma constitucional*, N° 7, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994, pág. 157; MIZRAHI, Mauricio L.; *Responsabilidad parental*, op. cit., pág. 55, “El proceso de familia que involucra a niños”, La Ley 2012-F-1101, “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.), Buenos Aires, Editores Del Puerto- Fundación Sur, 2006, pág. 82, “Los derechos del niño y la ley 26.061”, La Ley 2006-A, 858; KIELMANOVICH, Jorge, “Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)”, Ley 2005- F, 987; GOZAINI, Osvaldo, “El niño y el adolescente en el proceso”, La Ley 2012-D, 600, “La representación procesal de los menores”, en La Ley 2009-B, 709; PELLEGRINI, María V., “Derecho constitucional del menor a ser oído”, en La Ley 1998-B, 1336.

en el párrafo 16, se destaca que el niño “[...] tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño expresar sus opiniones es una opción, no una obligación [...]”. En la misma línea, en el caso “Atala Riffo e hijas contra Chile”, la CIDH siguió igual criterio¹⁹⁴.

A modo de cierre y como forma de mostrar la alianza que el CCC logra instalar entre capacidad y autonomía progresiva, corresponde hacer mención del acertado criterio seguido en la proclamación de los principios propios de adopción y la responsabilidad parental. En esta línea, el artículo 595 del CCC, comprende entre los principios que rigen la adopción: [...] a. el interés superior del niño [...] 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 su consentimiento a partir de los diez años.

Por su parte, el artículo 639 del CCC también lo enuncia como principio en la responsabilidad parental: [...] a. el interés superior del niño; [...] c. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; d. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Culminar este apartado con la mención del principio de autonomía progresiva como pilar de la responsabilidad parental, nos permite avanzar en el juego armónico que debe instalarse respecto a los derechos personalísimos de los hijos, en relación al lugar que le cabe a los progenitores, en el carácter de titulares de la responsabilidad parental.

4. El despliegue de los derechos personalísimos de los hijos comprendidos en el instituto de la responsabilidad parental

4.1. Marco previo

Como punto de partida, resulta necesario partir de la definición que sobre responsabilidad parental, trae el artículo 638 del CCC: [...] es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

La simple lectura del enunciado permite apreciar que estamos ante un instituto que antepone el interés de los hijos menores de edad; asumiendo los progenitores como titulares de los deberes y derechos que hacen a su contenido, la función de protección, colaboración y acompañamiento de los hijos en el proceso de desarrollo y formación integral.

En esta sintonía, los progenitores deben cumplir con sus deberes y ejercer

¹⁹⁴ CIDH, “Atala Riffo e hijas c. Chile”, 29/11/11.

sus derechos atendiendo al mejor interés de los hijos, actuando los principios, como pautas que orienten el comportamiento a desplegar como representantes legales. Con esta visión, siempre se tendrá que respetar el principio de autonomía progresiva, si la edad y grado de madurez del hijo amerita delegar en su persona la participación en la toma de decisiones que se vinculen con sus derechos.

Como lo venimos diciendo, se debe instalar en el interior de cada familia, un sistema de equilibrio que se amoldará en consonancia con las competencias que los hijos incorporen por el crecimiento, desarrollo de la capacidad madurativa y, en muchos casos, las experiencias de vida que les toquen vivenciar.

Retomando, el ejemplo que simbolizamos con una balanza, cuando el ámbito de autodeterminación del hijo se extienda, disminuirán las facultades de los progenitores en la definición de cuestiones vinculadas con los derechos de sus representados; destacando que este desplazamiento no importa dejar al hijo solo en la definición y ejercicio de sus derechos, sino que deberán asumir una actitud de colaboración, acompañamiento y contención.

4.2. Deberes de los progenitores

Como aporte metodológico a valorizar, el CCC destina el artículo 646 al enunciado de los deberes de los progenitores en el carácter de titulares de la responsabilidad parental¹⁹⁵: Son deberes de los progenitores: a. cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b. considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c. respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d. prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; e. respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f. representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

Como puede observarse, este listado se corresponde con los principios que sobre el instituto declara el artículo 639 del CCC y, con esta perspectiva, se enfatiza el propósito de que el instituto se despliegue en el plano de lo material, sobre la base de vínculos parentales donde los progenitores asuman la función desde un lugar de protección, cuidado, colaboración, respeto y acompañamiento de los hijos.

Trasladando el enunciado al tema que nos ocupa, especial relevancia tienen los incisos b. y c., dado que la inclusión de los mismos pone de manifiesto el reconocimiento de que los derechos personalísimos de los hijos no hacen al contenido

¹⁹⁵ Sobre el tema, ver entre otros: MIZRAHI, Mauricio L., *Responsabilidad parental*, Buenos Aires, Astrea, 2017; KRASNOW, Adriana N., *Tratado de Derecho de las Familias. Un estudio doctrinario y jurisprudencial*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 2017.

de la responsabilidad parental y, siendo así, las decisiones a definir respecto a los mismos recaerán en la persona del hijo cuando la capacidad madurativa y competencia lo amerite o, en su defecto, recaerá en los progenitores como representantes legales, pero siempre respetando y teniendo en claro que no pueden asumir comportamientos que puedan traslucir una sustitución de la voluntad y el sentirse titulares dichos derechos.

Como forma de mostrar cómo el desarrollo que precede se materializa en el plano de la realidad, acompañamos una breve reseña del desarrollo que sobre la cuestión se observa en el estudio del derecho a la identidad de género en el universo que comprende a niñas, niños y adolescentes.

4.3. El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes desde la tríada capacidad, autonomía progresiva y responsabilidad parental

En relación al tratamiento que se hace de la cuestión en niñas, niños y adolescentes, corresponde partir de lo dispuesto OC 24/2017 de la CIDH¹⁹⁶. [E]n lo que respecta a la regulación de los procedimientos de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad de niños y niñas, esta Corte recuerda en primer término que conforme ha señalado en otros casos, los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el art. 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto [...] (Párr. 194).

En sintonía con lo declarado por el documento citado, la OG N° 20/2016 sobre “Efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, emanada del Comité de

¹⁹⁶ Derecho de la identidad de género en normas de fuente internacional: Observaciones Generales emanadas del Comité de los Derechos del Niño que se vinculan con el derecho en análisis: 1) la OG N°20/2016, sobre “Efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, de fecha 6 de diciembre de 2016; 2) la OG N° 14/2013, sobre “El derecho del niño a que su interés superior sea una condición primordial”, de fecha 29 de mayo de 2013; 3) la OG N°12/2009, sobre “El derecho del niño a ser escuchado”, de fecha 20 de julio de 2009 y 4) la OG N° 4/2003 sobre “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, del mes de julio de 2003. Opiniones Consultivas de la CIDH, entre las cuales se rescatan por la importancia que tienen: 1) la OC N°24/2017, sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, aprobada el 24 de noviembre de 2017; 2) la OC N°17/2002, sobre “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, aprobada el 28 de agosto de 2002. En este contexto, no puede dejar de mencionarse los Principios de Yogyakarta, constituido por una serie de principios que informan el cómo se debe aplicar la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género (El documento fue elaborado por dieciséis expertos en Derecho internacional de diferentes países, a solicitud de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004 -2008), en la ciudad de Yogyakarta – Indonesia -, entre los días 6 a 9 de noviembre de 2006) y Principios Yogyakarta Más 10 (PY + 10), 2017.

los Derechos del Niño, expresa en el párrafo 34, que: [...] todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente [...]

En el contexto nacional, la Ley nacional de identidad de género N° 26.743¹⁹⁷ – en adelante, LIG - regula este derecho en clave de derechos humanos y con esta perspectiva logra captar el principio constitucional y convencional de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos (arts. 5, 12 y 18, CDN – arts. 3, 19.a y 24.b, ley 26.061), principio que se define en vinculación con el término bioético de competencia. Este tratamiento legal ha motivado que en el texto de la Opinión Consultiva 24/2017, se valore a esta ley como “un ejemplo de una buena práctica”.

No obstante, esta norma presenta un problema que logra superarse con el paradigma que instala el CCC. Para ubicar al lector en el cuadro de situación imperante a la época de entrada en vigencia de la LIG, corresponde hacer mención de la desarmonía que se observaba entre esta norma con los enunciados que sobre capacidad contenía el sistema anterior, dado que este último contenía un régimen de capacidad rígido. No obstante, la LIG, se elaboró considerando el principio de autonomía progresiva consagrado en la CDN.

Una muestra de lo que decimos, surge de lo dispuesto en sus artículos 5° y 11¹⁹⁸, los cuales protegen la identidad de género del universo en estudio, siempre que se observen los extremos dispuestos en la norma:

a) La solicitud de rectificación debe ser planteada por el representante legal,

¹⁹⁷ Sancionada el día 9 de mayo de 2012; promulgada el día 23 de mayo de 2012 y publicada en el Boletín Oficial el día 24 de mayo de 2012.

¹⁹⁸ Artículo 5°: “Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguna/o de la/los representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/las jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de autonomía progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”. Artículo 11: “[P]ara el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado. En el caso de personas menores de edad regirán los principios y requisitos previstos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado en la Convención de los derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor a sesenta días contados a partir de la solicitud de conformidad”.

debiendo contar con la conformidad de la niña, el niño o el adolescente. Si mediara oposición de uno o ambos representantes legales, el conflicto de intereses debe dirimirse en sede judicial.

b) En el caso de intervención quirúrgica o sometimiento a tratamientos hormonales que permitan adecuar el cuerpo con el que se autopercibe, debe sumarse al consentimiento informado la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción.

De los extremos enunciados, se desprende la existencia de limitaciones que debilitan la condición jurídica de niñas, niños y adolescentes. Auspiciosamente, esta situación logra revertirse con los cambios normativos que se sucedieron en el tiempo y, conforme los cuales, nace en el intérprete la exigencia de aplicar la LIG en el nuevo modelo en el que se inscribe el Derecho interno de hoy.

Retomando el desarrollo que precede, la representación legal que se ejerce sobre los representados, se la concibe como una función pensada en beneficio de éstos y debe amoldarse a su desarrollo madurativo. Por tanto, en principio, la persona menor de edad con capacidad madurativa suficiente podrá solicitar por sí la rectificación de su partida cuando su inscripción no se ajuste al género con el cual se autopercibe.

Lo expresado se fortalece con ciertos enunciados del CCC que oportunamente desarrollamos, como los artículos 639 y 646.

También corresponde tener presente la falta de mención en el artículo 645, relativo a los actos trascendentes en la vida del hijo que exigen el consentimiento expreso de ambos progenitores, las cuestiones vinculadas con el género. Esto permite concluir que, en caso de ausencia o disconformidad de alguno de los progenitores, bastará con reunir la conformidad de uno de ellos.

Por último, y así estar en condiciones de hacer una relectura fundada de los artículos 5 y 11 de la LIG, resta detener la atención en lo dispuesto en los últimos párrafos del artículo 26 del CCC; texto que fue objeto de variadas interpretaciones y que motivó el dictado de la Resolución del Ministerio de Salud 65/2015 y la propuesta de reforma del último párrafo que propone el Anteproyecto de Reformas al Código Civil y Comercial de la Nación¹⁹⁹.

Comencemos con el texto vigente: [S]e presume que el adolescente entre trece a dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto a aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su

¹⁹⁹ Elaborado por la Comisión *ad honorem* designada por el Poder Ejecutivo de la Nación, a través del decreto 182/2018. La comisión se integró con los doctores Diego Botana, Daniel Pizarro y Julio César Rivera. Los miembros de la Comisión, elevaron con fecha 16 de noviembre de 2018, el Anteproyecto de Reformas al Señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dr. Germán Garavano. Disponible en La Ley Online, AR/DOC/2790/2018.

estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26, CCC).

La Resolución 65/2015, reproduce el documento elaborado por expertos en la Mesa de Trabajo “Nuevo CCC. Lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos”: [...] de acuerdo al art. 26 del CCyC, corresponde interpretar que a partir de los 16 años el adolescente, equiparado a un adulto en las decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo, puede peticionar los procedimientos que habilita la LIDG, prescindiendo de los requisitos que ésta última prevé en su art. 11, ya que los procedimientos (Terapia de hormonación e intervenciones quirúrgicas de modificación corporal y genital) hacen a la vivencia sentida del género. De acuerdo con las reglas establecidas en dicho artículo, las prácticas solicitadas deberán ser catalogadas, de forma tal que solo aquellas que serán consideradas “invasivas que ponen en riesgo la salud”, deben requerir que la/los adolescentes entre 13 a 16 años, sean asistidos por quienes ejercen roles de cuidado [...] el criterio de invasividad utilizado por el artículo 26 del CCyC debe interpretarse como tratamientos de “gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud”. En este sentido se interpretará que los tratamientos, terapias, prácticas o intervenciones de modificación corporal relacionadas con la identidad autopercibida, solo serán considerados “invasivos que afecten la salud en los términos del artículo 26 del CCyC”, en el caso que la evidencia científica muestre que existe riesgo de afectación grave del estado de salud general de la persona [...]

Por último, la norma proyectada que modifica el último párrafo del artículo 26 del CCC, dice: [A] partir de los 16 años, el adolescente es plenamente capaz para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo y para la celebración de los actos jurídicos relacionados con ello, a no ser que la legislación especial requiera otra edad.

En cuanto a los dos cambios que introduce la norma proyectada en el último párrafo del artículo 26, nos vemos en la necesidad de plantear en este trabajo dos observaciones: 1) reemplazar el término “adulto” por “plenamente capaz”, importa introducir una desarmonía a la regla que instala el CCC respecto a que toda persona humana es capaz y 2) la inclusión “a no ser que la legislación especial requiera otra edad”, despierta la duda de si la voluntad de los autores del Proyecto es conservar los términos de la LIG sin contextualizarlo con el modelo de capacidad que instala el CCC.

Con toda la base argumental y legal que precede, pueden ser interpretados los artículos 5° y 11 de la LIG a la luz del sistema de fuentes vigente.

Partiendo de los principios y la flexibilidad que caracteriza al sistema vigente,

podemos enunciar como regla que cuando estemos ante el caso de una niña, niño o adolescente que pretenda ser inscripto con el género con el cuál se autopercibe, tendrá legitimación para instar el pedido de rectificación, si su capacidad madurativa lo amerita. En estos casos, la actuación del representante legal se limitará a una función de contención, acompañamiento y protección.

Por tanto y atendiendo a cada persona menor de edad en particular, la LIG debe ser interpretada y aplicada desde una visión respetuosa del derecho de participación y decisión en cuestiones de género en consonancia con su edad y grado de madurez. Siendo así, la norma en estudio no debe aplicarse conforme a sus términos, sino con respaldo en el principio constitucional y convencional de autonomía progresiva.

Después de brindar una respuesta a la primera cuestión, corresponde derivar la atención a lo que nos dice el artículo 11 en relación a niñas, niños y adolescentes.

Extendiendo los argumentos expuestos en relación al alcance que corresponde asignar a lo dispuesto en el artículo 5º, se debe completar el análisis para el problema que trae el artículo 11, con los textos que complementan dicho enunciado. Respecto a la Resolución del Ministerio de Salud, reviste relevancia el incluir la adecuación corporal conforme la identidad de género entre las decisiones vinculadas al cuidado del propio cuerpo; desplazándose por esta vía el límite de dieciocho años dispuesto en la LIG. Con este enfoque y siguiendo el criterio de la mayoría de edad anticipada para los actos médicos, el adolescente tiene autonomía para someterse a una intervención quirúrgica total o parcial.

5. Cierre

El recorrido que hemos compartido es una muestra de la valorización que tiene la persona humana en el sistema de fuentes interno.

Es desde este modelo que se deben planificar, proyectar y concretizar desde los distintos órganos del Estado, la sociedad civil y la familia, aquellos cambios que permitan fortalecer y hacer realidad el derecho de niñas, niños y adolescentes de participar en toda cuestión que se vincule con sus derechos personalísimos.

Con esta perspectiva, los progenitores deben asumir el compromiso de acompañar a los hijos en este camino, desde una actitud que, valorizando el lugar que el hijo tiene en la familia y en la sociedad, limiten su actuar en función de las destrezas, competencias y madurez que progresivamente adquiera.

¿Es la pluriparentalidad contraria al Interés Superior del Niño?

Maicá, Juan José²⁰⁰

Marmeto, Esteban²⁰¹

1. Introducción

A la luz de los diversos pronunciamientos judiciales locales, la pluriparentalidad ha comenzado a ganar terreno en el campo jurídico nacional. El escozor que genera el avance de la ruptura de la antiquísima máxima binaria va más allá del mero inconveniente que podría llegar a provocar en la estructura del sistema normativo nacional. Detrás de la ampliación de vínculos se esconde un profundo cambio cultural y simbólico que, para muchas personas, es imposible de sobrellevar dado que conmueve hasta los cimientos más profundos de la forma que tenemos de observar el mundo en el cual nos movemos.

A raíz de ello, nos ha surgido el interrogante de si estas modificaciones en los límites jurídicos filiatorios son contrarios al Interés Superior del Niño. Con la finalidad de intentar responder de manera provisoria esta pregunta, hemos desarrollado el presente artículo desde el marco teórico que nos brindan los derechos humanos tamizado por el derecho de familias. En la búsqueda de lograr nuestro cometido, partiremos de las nociones básicas que engloba a la pluriparentalidad, luego desarrollaremos los lineamientos generales del principio del Interés Superior del Niño y, por último, realizaremos el cruce entre ambas premisas mediante la introducción de reflexiones personales.

2. Pluriparentalidad en el derecho filiatorio

La transdisciplina ha servido de sustento al sistema jurídico para confirmar que

²⁰⁰ Abogado, por la Facultad de Derecho, UNICEN. Ayudante alumno en la cátedra de Derecho de familia y sucesiones, Facultad de Derecho, UNICEN.

²⁰¹ Abogado, Facultad de Derecho, UNICEN. Becario de investigación doctoral por la Comisión de Investigaciones Científicas de la provincia de Buenos Aires (CIC).

las modificaciones culturales que se suscitan en la realidad social poseen un trascendental impacto en la conjunción normativa. Numerosos estudios provenientes de la sociología y antropología han considerado que la familia, como institución cultural y social, se encuentra en constante mutación y reformulación. Así, en palabras de Segalen²⁰², este instituto no es una simple caja de resonancia de las transformaciones de la economía, la cultura y del espacio urbano sino que posee una participación activa en ellas. De esta manera, en definitiva, “no puede hablarse teóricamente de la familia en general sino únicamente de tipos de familia tan numerosos como las regiones, las clases sociales y los subgrupos existentes en el interior de la sociedad global”²⁰³.

En este contexto de grandes cambios culturales, la socioafectividad ha cobrado fundamental trascendencia en lo que a la construcción de vínculos jurídicos refiere, dado que la coincidencia genética no es el único modo de crear lazos filiales o de vínculos de responsabilidad parental. Esta cuestión generó un terreno fértil para la recepción y regulación de diversos institutos en el derecho de las familias, muchos de ellos provenientes de figuras análogas en el derecho comparado. De esta manera, con la positivización de ciertas figuras como la del progenitor afín, por ejemplo, aquellas situaciones que sólo tenían resorte en el campo de la realidad social comenzaron a ser amparadas en el sistema normativo. Legitimar las relaciones socioafectivas consiste en “la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: 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 y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí”²⁰⁴.

En este contexto de grandes modificaciones y desestructuraciones de las relaciones familiares, la pluriparentalidad ingresó a la discusión jurídica nacional como otro modo o forma de constituir vínculos filiales. Es que una vez eliminada, por la ley de matrimonio igualitario —ley 26.618—, la norma del Código Civil que vedaba la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudieran crear lazos filiatorios con una niña o un niño, la necesidad de plantear la ruptura de la máxima binaria era cuestión de tiempo. Así es que no obstante que el Código Civil y Comercial de la Nación continúa con la línea seguida por su antecesor en virtud de no permitir más de dos vínculos filiales, cierto sector de la doctrina nacional abogó para que se eliminara esta infundada restricción. Afortunadamente, este pedido ha sido receptado por la jurisprudencia local la que, en buena medida, no sólo ha admitido el pedido de progenitores de romper la máxima filial sino que, además, han fallado favorablemente a su pretensión. De esta

²⁰² SEGALÉN, Martine, *Sociología de la Familia*, Mar del Plata, Eudem, 2013, pág. 17.

²⁰³ MICHEL, Andrée, *Sociología de la Familia y del Matrimonio*, Barcelona, Ediciones Península, segunda edición, 1991, pág. 7.

²⁰⁴ HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del derecho de familia contemporáneo”, AP/DOC/1066/2014, pág. 4.

manera, nuestro país comienza a alinearse a los criterios seguidos por órganos judiciales de países como Brasil, Estados Unidos y Gran Bretaña los que, amparados en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, han permitido que una niña o niño tenga tres o cuatro vínculos filiatorios. Por esta razón, y más allá del constante esfuerzo realizado por la jurisprudencia, resulta altamente necesario que el ordenamiento jurídico les otorgue una protección a aquellas familias “no tradicionales” en razón de los diversos derechos que se hallan en juego²⁰⁵.

En razón de las ideas expresadas en el párrafo anterior, creemos necesario hacer una aclaración terminológica respecto al fenómeno jurídico que estamos estudiando. En las primeras aproximaciones al estudio de este tema, hemos preferido utilizar el término “filiación triple” para hacer referencia a aquellas situaciones en las cuales una persona intenta constituir vínculos filiales con más de dos personas²⁰⁶. Sin embargo, creemos que dicha conjunción peca de restrictiva. Ello se debe a que no obstante los casos que se han presentado ante la justicia —y, erróneamente, ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas— en los que se ha pretendido romper con la máxima binaria siempre implicaron incorporar una tercera persona al vínculo filiatorio, podrían suscitarse situaciones en las cuales quienes pretendan sumarse a la relación materno/paterno filial sean más de un sujeto. Por esta razón consideramos que el término “pluriparentalidad” es el que más se adapta a las reclamaciones presentes y el que mejor se adaptará a las exigencias futuras. Una legislación que pretenda romper con el binarismo pero continúe poniendo límites numéricos estará condenada, tarde o temprano, a una declaración de inconstitucionalidad.

Realizada esta aclaración terminológica, estamos en condiciones de establecer qué es lo que se entiende por pluriparentalidad. De Lorenzi señala que con dicho término se hace referencia a “aquella relación social y real de filiación de un/a niño/a con más de dos personas, es decir, como opuesto a la ‘biparentalidad’”²⁰⁷. En la misma línea, Bescós Vera y Silva la definen como “una red de relaciones jurídicas inéditas, 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”²⁰⁸. Cabe remarcar que lo que a estos efectos ha sido denominado como

²⁰⁵ KINSEY, Ann E., “A Modern King Solomon’s Dilemma: Why State Legislatures Should Give Courts the Discretion To Find that a Child Has More than Two Legal Parents”, *San Diego Law Review*, vol. 51, 2014, pág. 298.

²⁰⁶ MARMETO, Esteban, “La voluntad procreacional como elemento necesario para la apertura de vínculos filiales triples”, *Revista de Derecho UNS*, edición especial Reforma del Código Civil y Comercial, año VII, Editorial Universidad Nacional del Sur, 2018, pág. 111.

²⁰⁷ DE LORENZI, Mariana, “La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad”, AP/DOC/251/2017, pág. 2.

²⁰⁸ BESCOS VERA, Inés -SILVA, Sabrina Anabel, “Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial”, *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos* Nro 7 – 15.03.2016.

“pluriparentalidad” tiene su correlato con el término “multiparentalidad” acuñado por la doctrina y jurisprudencia brasileña dado que el primer término está reservado en Brasil para lo que en Argentina se conoce como “familias ensambladas”²⁰⁹.

Si bien el presente artículo no tiene por finalidad describir y desarrollar las implicancias que la pluriparentalidad puede tener en las tres fuentes filiales legisladas en nuestro país, consideramos conveniente dejar planteado, genéricamente, nuestro punto de vista respecto de ese tema. A nuestro entender, la ruptura del sistema binario puede recaer tanto en las técnicas de reproducción humana asistida —TRHA— como en la filiación por naturaleza y por adopción. Así lo ha entendido, también, la jurisprudencia en Argentina dado que si bien en los primeros fallos en los que se plantearon la posibilidad de abrir los lazos filiatorios hacia más de dos personas se encausó a través de las TRHA, en el último año la declaración de inconstitucionalidad del artículo del Código Civil y Comercial de la Nación que no permite más de dos vínculos filiales provino de sentencias en las que se solicitaba la incorporación de una tercera persona en el marco de una adopción por integración²¹⁰ o en casos de filiación por naturaleza.

1. Interés Superior del Niño

El Interés Superior del Niño constituye una noción marco que estructura el conjunto de derechos de aquellas personas que aún no han cumplido dieciocho años de edad, siendo allí desde donde se encarnan todas las medidas de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Si bien es a la Convención sobre los Derechos del Niño el tratado al que se le suele atribuir el mote de haber introducido este principio a la escena jurídica internacional, cierto es que en el sistema de derechos humanos ya existían otros instrumentos que hacían referencia al Interés Superior del Niño. La Declaración de los Derechos del Niño (1959), por ejemplo, ya señalaba en sus artículos II y VII la importancia de la consagración del Interés Superior del Niño como principio rector en materia de niñez. Sin embargo, el inconveniente de las declaraciones radica en que el valor jurídico que poseen dichos instrumentos en razón de que su contenido es, en principio, no vinculante aunque puede devenir en obligatorio en la medida que contenga o exprese una fuente de derecho internacional²¹¹. Que la Convención sobre los Derechos del Niño no haya sido el primer instrumento que receptó el principio del Interés Superior del Niño no implica, ni por cerca, que se trate de un tratado que carezca

²⁰⁹ DE LA TORRE, Natalia, “Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?”, RDF 2015-VI-217, pág. 1.

²¹⁰ Por ejemplo, B.A.J.M s. Adopción, Juzgado de Familia N°4 de La Plata (inédito). Y.Z.G.D. s. Adopción-Acciones Vinculadas, Juzgado de Familia N°1 de Azul (inédito).

²¹¹ PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, pág. 45.

de importancia para nuestro tema en estudio sino que lo mencionado en el primer párrafo resulta hartamente necesario para comprender cabalmente el amplio corpus iuris de la niñez. El surgimiento de un tratado siempre responde a un extenso proceso jurídico-cultural en el que interactúan diversas fuentes de derecho internacional público. Es por ello que se puede afirmar que en la actualidad la Convención sobre los Derechos del Niño es “la expresión más acabada y completa del derecho a la protección especial”²¹². La importancia de la naturaleza jurídica de ese instrumento radica en que constituye “un contrato en el que toda la comunidad internacional (...) se ha puesto de acuerdo respecto del estándar mínimo de tratamiento de la infancia, y se obliga a respetarlo, de modo que cuando un país no cumple con el tratado puede ser responsabilizado y sancionado internacionalmente por ello”²¹³.

No obstante la superlativa importancia y el fuerte impacto que tuvo la positivización del Interés Superior del Niño en el ámbito internacional, regional y local, este principio no se encuentra exento a críticas. En razón de no extendernos demasiado en el presente artículo, sólo haremos hincapié en el inconveniente terminológico y en la dificultad en la construcción de su noción. Respecto del primer problema, es decir, en lo que respecta a la cuestión de la conjunción de las palabras, han existido numerosos debates en torno al significado de vocablo “superior”. Ello se debe, según enseña la doctrina²¹⁴, a la mala traducción del término “*best interests of the child*” al texto oficial de la Convención sobre los Derechos del Niño en español —cabe advertir, sin embargo, que esta “deficiente” traducción se replica en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que versan sobre niñas, niños y adolescentes, aún incluso en aquellos que son temporalmente anteriores del mencionado tratado—. De esta forma, si se lo traduce literalmente del idioma inglés al nuestro, el principio debería estar formulado como “el mejor interés del niño”. Es por ello que siguiendo esta línea argumental, algunos autores han considerado que ante un caso en el que se encuentren en juego dos principios —y uno de ellos es el “Interés Superior del Niño”—, la realización de una *ponderación* carecería de sentido dado que un principio al que se lo denomina superior no admitiría otro por encima de él. Sin embargo, y con buen tino, Grosman ha sido más práctica en esta cuestión dado que considera que el calificativo “superior” no debe tener el alcance antes mencionado sino que deberá atenderse a las pautas fijadas por el sistema internacional de derechos humanos, es decir, a un *interés primordial*. Es por ello que con el término Interés Superior del Niño “se ha querido poner de manifiesto que al niño le

²¹² BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*, Buenos Aires, Hammurabi, segunda edición actualizada y ampliada, 2019, pág. 45.

²¹³ BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 2004, pág. 12.

²¹⁴ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, pág. 318.

asiste un verdadero poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado”²¹⁵.

Frente al segundo inconveniente planteado en el párrafo anterior en relación a la construcción de la noción de “Interés Superior del Niño”, se han desarrollado dos posturas que intentan establecer el límite, contenido y característica que debe poseer el mentado principio. Cada una de estas posturas está perfectamente identificables con aquella contemporánea clasificación que la doctrina jurídica ha realizado respecto de las *familias jurídicas*²¹⁶, esto es, la familia del common law y la familia romano-germánica. Por un lado, el derecho anglosajón considera conveniente utilizar un *sistema cerrado* en el que la interpretación del Interés Superior del Niño queda supeditado a una lista de situaciones elaboradas previamente y que servirán de guía a la autoridad encargada de interpretarlo al momento de establecer una decisión; ello ocurre, por ejemplo, en Inglaterra donde la Convención sobre los Derechos del Niño es completada por la *Children Act*, 1989²¹⁷. En cambio, el derecho romano-germánico ha optado por un *sistema abierto* en el que el Interés Superior del Niño está tipificado como una cláusula general en virtud de la cual la persona obligada a aplicarlo debe realizar un juicio de concreción con la finalidad de situar su contenido²¹⁸. Estos dos sistemas no están exentos de críticas dado que, como ha señalado Roca Trias, presentan ventajas e inconvenientes al momento de su plasmación²¹⁹. Un sistema jurídico anclado sobre la base de cláusulas generales provoca una gran inseguridad en razón de que al no establecerse una clara delimitación acerca de qué comprende el Interés Superior del Niño, la autoridad podrá construirlo en función de parámetros que, según su particular entendimiento, pueden resultar más beneficioso para la niña, el niño o adolescente. Y esta cuestión históricamente ha traído más de un inconveniente en lo que a la protección del colectivo en análisis se refiere. Esta situación no ocurrirá, claro está, en un sistema cerrado en el que las situaciones se encuentran establecidas de antemano, lo que genera, a priori, una mayor previsibilidad. Por otro lado, un ordenamiento jurídico abierto resulta más permeable a los diversos cambios provenientes de una sociedad que está en constante movimiento, mientras que un sistema casuístico deja por fuera muchas situaciones que pueden surgir por el propio devenir de

²¹⁵ GROSAN, Cecilia P., “El interés Superior del Niño”, en *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, Grosman Cecilia P. (direct.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires, reimpresión, 2004, pág. 40.

²¹⁶ Este término ha sido acuñado por DAVID, RENÉ -CAMILLE JAUFFRET -SPINOSI, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Decimoprimer edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pág. 14 y ss.

²¹⁷ ROCA TRIAS, Encarnación, *Libertad y Familia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pág. 66.

²¹⁸ GIL DOMINGUEZ, Andrés -FAMÁ, María Victoria-HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pág. 44.

²¹⁹ ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Pamplona, Civitas, Thomson Reuters, reimpresión, 2016, pág. 211.

las reconfiguraciones sociales.

Tal como subyace de lo establecido en el párrafo anterior, el ordenamiento jurídico nacional ha optado por una concepción abierta respecto de lo que debe ser considerado por Interés Superior del Niño. Esta cuestión se observa de manera patente en el artículo 3 de la ley 26.061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) que establece que se entenderá por este principio “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. Así, la ley nacional tipifica al Interés Superior del Niño a partir de una clausula general y mediante un enunciado de pautas y guías, mejorando la tendencia seguida por algunas leyes regionales que han omitido definir el concepto²²⁰. Como ejemplo de esto último puede citarse a la ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia 4347 —ley III 21 del Digesto Jurídico— de la provincia de Chubut y la ley 5288 de “Protección integral a la niñez y a la adolescencia” de Jujuy. Como contrapartida, la ley 13.298 de la provincia de Buenos Aires y la reciente ley 9139 de la provincia de Mendoza optaron por el camino inverso al de las leyes antes citadas y definen, en un texto muy similar al de la ley 26.061, que es lo que debe entenderse por Interés Superior del Niño.

Retomando la línea argumental que esbozamos en los párrafos anteriores, consideramos que establecer un ordenamiento jurídico que se construya sobre la base de un sistema abierto tiene mayores virtudes que defectos. De ninguna manera esta afirmación implica desconocer que una cláusula genérica y vaga —como lo es el Interés Superior del Niño— pueda constituir un arma peligrosa para el intérprete éste principio dado que le otorga grandes márgenes de discrecionalidad y de actuación casi ilimitada²²¹²²². Sin embargo, las bondades que ofrecen los conceptos jurídicos indeterminados en estos casos son mayores que los riesgos que se corren al establecer cláusulas como las analizadas, máxime cuando se hallan en juego principios que emanan de los derechos humanos. Si se quiere, en definitiva, construir derechos que puedan ser aplicados a la mayor cantidad de situaciones posibles y permitan ser lo más respetuosos de las características individuales de cada sujeto, un sistema cerrado no sería, para nosotros, la opción más conveniente.

Lo expresado hasta aquí no implica, sin hesitación, adscribirnos a una postura

²²⁰ GIL DOMINGUEZ, Andrés -FAMÁ, María Victoria -HERRERA, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2012, pág. 85.

²²¹ THURY CORNEJO, Valentín, En el nombre del niño. El interés superior del menor en la construcción del rol de la Corte Suprema, *Discusiones* N°13.2, Bahía Blanca, 2013, pág. 172.

²²² Esta cuestión también ha sido puesta de manifiesto por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°14 en la que expresó que “La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdénaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia” (párrafo 34).

que considere que los textos legales no deberían establecer que es lo que debería ser considerado como Interés Superior del Niño; muy por el contrario, es totalmente necesario que se establezca un concepto marco. Entender lo contrario implicaría desconocer que las autoridades judiciales o funcionarios, “al decidir cuál es el mejor interés del niño, al referenciar los hechos, los mediatiza a través de sus valoraciones particulares, de su historia y sus experiencias personales”²²³. La postura que esgrimimos es, a nuestro entender, totalmente compatible con la de propugnar la existencia de un sistema abierto dado que una no delimitación acerca de su noción generaría una especie de “*cheque en blanco*”²²⁴.

La necesidad de demarcar qué es lo que debería entenderse por Interés Superior del Niño ha sido puesta en resalto por la doctrina y la jurisprudencia. Así, Cillero Bruñol, en un concepto similar al que después fuera adoptado por la ley 26.061, define a este principio como “la plena satisfacción de los derechos”²²⁵, mientras que Grosman considera que el Interés Superior del Niño representa “el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo”²²⁶. Por otra parte, y en el ámbito del sistema internacional de los derechos humanos, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, señala que el Interés Superior del Niño es un concepto triple dado que está constituido un *derecho sustantivo* —en virtud de que “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general (...) es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”—, un *principio jurídico interpretativo fundamental* —dado que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”—, y una *norma de procedimiento*—porque “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas)

²²³ GROSMAN, Cecilia P., “El interés Superior del Niño”, Op. Cit., pág. 28.

²²⁴ BELOFF, Mary-DEYMONNAZ, Virginia-FREEDMAN, Diego-HERRERA, Marisa-TERRAGNI, Martiniano, *Convención sobre los Derechos de Niño. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2012, pág. 37.

²²⁵ CILLERO, BRUÑOL, Miguel, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Infancia, ley y democracia*, García Méndez, Emilio-Beloff, Mary (comp.), Bogotá, tercera edición, Tercer, Tomo I, 2004, pág. 85.

²²⁶ GROSMAN, Cecilia P., *Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño en las relaciones familiares*, AR/DOC/21654/2001, pág. 5.

de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”²²⁷. En el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos-en adelante, CorteIDH-emitió, en el año 2002 y a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Opinión Consultiva N°17 acerca de la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”²²⁸. Más allá del contenido que será brevemente mencionado en el presente artículo, es interesante rescatar que la importancia de la presente resolución radica en que fue la primera vez que el máximo tribunal se pronunció de manera consultiva acerca de los alcances del derecho de los niños a su protección especial junto con los demás derechos que son titulares²²⁹. Respecto del concepto del Interés Superior del Niño, la CorteIDH remarcó que ese principio “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”²³⁰. Asimismo, concluye que “conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño”²³¹.

Como corolario de este acápite podemos decir que de los diversos intentos en delimitar la noción marco de Interés Superior del Niño, el emanado por la Observación emanada por el Comité de los Derechos del Niño puede que resulte ser el más completo. Claro está que es perfectible en razón de las diversas oscuridades que encierran ciertos

²²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párrafo 6.

²²⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

²²⁹ BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el...*, Op. Cit., pág. 586.

²³⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/200 Op. Cit., párrafo 56.

²³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/200 Op. Cit., párrafos 60 y 61.

conceptos²³², pero de lo que no cabe duda es que estamos ante la presencia de un verdadero cambio de enfoque respecto de la niñez.

2. Interés Superior del Niño, pluriparentalidad y familia

Luego de haber desarrollado los conceptos y las implicancias jurídicas que acarrearán el Interés Superior del Niño y la pluriparentalidad, están dadas las condiciones, a nuestro entender, de formularnos la pregunta con la cual iniciamos el presente trabajo. Pensar en el fenómeno de la multiparentalidad implica observar, de manera necesaria, a la familia ya no como la célula básica de la sociedad sino como una construcción cultural que va mutando y modificándose con el devenir del tiempo. El estigma que recae sobre aquellas personas que desean romper con los moldes binarios de parentalidad cala hondo en razón de una sociedad occidental en la que las relaciones entre los sujetos siguen siendo observadas desde la lógica par. A decir verdad, en cada momento histórico se habla y se comenta qué es lo que se entiende por organización familiar, subrayando aquello que se estima positivo y descalificando lo que se evalúa como no pertinente, inmoral y desordenado²³³.

Delimitar los contornos acerca de qué situaciones fácticas deben tenerse en mira cuando se intenta construir una noción de familia adquiere diferentes ribetes cuando las personas implicadas son adultas que cuando nos hallamos ante la presencia real o eventual de niñas o niños. Es allí donde lo inmoral pasa a ser dañino. En esta línea de ideas, la pluriparentalidad ha sido considerada como contraria al principio del Interés Superior del Niño arguyendo que la niña o el niño que tenga “tres padres y tres apellidos se verá expuesto a las miradas de terceros, con la posible invasión de su intimidad”²³⁴.

Por nuestra parte no coincidimos con esta opinión. Si bien es cierto que el Interés Superior del Niño debe ser determinado en cada caso en concreto, considerar de manera apriorística que la pluriparentalidad puede vulnerar los derechos de las niñas, niños y adolescentes no nos parece adecuado. La cantidad de vínculos filiales no debería ser un valladar que impida reconocer una relación real, afectiva que ocurre en la plataforma fáctica. Claro está que el Interés Superior del Niño y el derecho a ser escuchado poseen una íntima y estrecha vinculación, por lo que cuando la situación particular así lo permita deberá otorgársele a esta persona el espacio de escucha para que

²³² Al respecto se recomienda la lectura de BELOFF, Mary, *Derechos del Niño. Su protección especial...* Op. Cit., pág. 100.

²³³ GIBERTI, Eva, “‘Lo familia’ y los modelos empíricos”, en *Vivir en familia*, Catalina, Wainerman (comp.), Buenos Aires, UNICEF/Losada, 1994, pág. 116.

²³⁴ SAMBRIZZI, Eduardo, “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem”, AR/DOC/1566/2015, pág. 5.

manifieste su voluntad de sumar un vínculo filiatorio. Pero, aún en los casos en los cuales la edad o el grado de madurez suficiente generen una imposibilidad de llevar a cabo ese derecho, la pluriparentalidad no puede ser vedada sin analizar los extremos del caso en particular.

En la cuestión en análisis, el derecho a fundar una familia sin discriminación y el derecho del niño, niña o adolescente a vivir en familia confluyen de manera armónica. La primera ha sido ampliamente tratada no sólo en el sistema universal de derechos humanos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —artículo 23— y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —artículo 10—, entre otros, sino también en el ámbito regional por la Convención Americana sobre Derechos Humanos —artículo 17—. Asimismo, la CorteIDH, como institución competente para la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha señalado, en reiteradas oportunidades, que en dicho tratado “(...) no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma”²³⁵. Además, continuó el máximo tribunal, “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”²³⁶.

El derecho del niño, niña o adolescente a vivir en familia es el contrapeso de lo señalado en el párrafo anterior. De esta manera, ni la orientación sexual de los progenitores ni el modelo familiar que las personas adultas elijan para su vida pueden constituir una categoría objetivamente aplicable para socavar el derecho que tienen las personas que aún no han cumplido la mayoría de edad legal de vivir en un ámbito familiar. Con apoyatura en lo expresado en el párrafo anterior respecto de las palabras de la CorteIDH, el interés superior del niño no resulta de ninguna manera afectado o vulnerado cuando nos encontramos en presencia de una familia pluriparental. Así como en la monoparentalidad no falta ninguna persona, en la multiparentalidad no sobra nadie.

En definitiva, y tal como lo expresa Lloveras, la exclusión de determinadas relaciones familiares puede vulnerar los derechos humanos de los protagonistas perdiendo de vista el objetivo central de la tutela²³⁷.

²³⁵ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 2012, párrafo 142.

²³⁶ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 2012, párrafo 120.

²³⁷ LLOVERAS, Nora, “La perspectiva de derechos humanos en las relaciones de familia e infancia”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Silvia, E., Fernández (direct.), Buenos Aires, La Ley, tomo I, pág. 43.

3. Conclusión

El advenimiento de la pluriparentalidad intenta reestructurar un derecho de familias pensado y anclado sobre la clave binaria. En razón de ello, y bajo en enfoque de los derechos humanos, es coherente y necesario repensar los cimientos del sistema jurídico nacional a la luz de las nuevas exigencias sociales y culturales. Solo así se podrá lograr un ordenamiento normativo que sea acorde y coherente con la tan vertiginosa realidad social.

Pensamos que sumar vínculos filiales jamás podría menoscabar el principio del Interés Superior del Niño. Todo lo contrario, la pluriparentalidad implicaría reconocer que existe una realidad que va más allá del clásico binarismo históricamente impuesto y supuesto. Cuando se tiene en miras la plena satisfacción de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes no debería existir ningún modelo ni patrón puesto ni prefijado.

El derecho humano a vivir en familia y los derechos sociales desde una perspectiva crítica: de autonomías y vulnerabilidades

Salituri Amezcua, María Martina²³⁸

1. Introducción

El objetivo de este trabajo consiste en visibilizar, desde una mirada crítica²³⁹, la relación entre autonomía personal y derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC o derechos sociales). Entendiendo que la satisfacción de éstos últimos constituye una base fáctica y jurídicamente necesaria para la realización y pleno desarrollo de la primera: es decir, para la autodeterminación de cada persona. Se trata de la tan mentada interdependencia o indivisibilidad de los derechos humanos²⁴⁰, puesto que la protección de los derechos sociales implica una garantía para la toma de decisiones libres. En consecuencia, “(...)no hay ciudadanía real posible sin derechos sociales,(...)todo compromiso con la libertad implica también un compromiso con las precondiciones sociales de la libertad. Como bien se ha dicho, si éstas no se hallan presentes, si el sujeto no dispone de una cuota mínima de dignidad y está dominado por miedos tan elementales como el de no lograr sobrevivir, se sigue que carece entonces de autonomía y que su presunta libertad se convierte en apenas un simulacro”²⁴¹. En definitiva, tan importantes son los derechos civiles para el ejercicio de los derechos sociales, como a la inversa.

²³⁸ Doctoranda en Derecho, Facultad de Derecho, UBA. Becaria doctoral CONICET. Docente en la Facultad de Derecho, UNICEN.

²³⁹ Véase CÁRCOVA, Carlos M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009; COURTIS, Christian -comp.-, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2001; RUIZ, Alicia E. C., *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

²⁴⁰ Declaración de Viena de 1993.

²⁴¹ Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Ciudad de Buenos Aires. El rol del Ministerio Público de la Defensa para su exigibilidad*, 2015, https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/Informe_MPD_EEUU_bilingue.pdf, compulsado el 2/5/2019.

Para ello, se propone el análisis de este cruce en el marco de las medidas de protección de derechos de niñas y adolescentes (en adelante, NA) sobre la base de su vinculación con el derecho humano a vivir en familia. Así, nos cuestionamos: ¿qué implica el derecho de las NA a vivir en familia?; ¿cuál es su conexión con la autonomía?; ¿y con los DESC?; ¿cuáles son las lógicas, rupturas y tensiones que subyacen en torno a la protección de este derecho a la vida familiar? Los interrogantes claramente no terminan allí, no obstante los expuestos resultan hábiles para dar el puntapié inicial a esta reflexión.

2. Autonomías, vulnerabilidades, familias y derechos humanos

Considerando que toda perspectiva crítica exige implicarnos en la deconstrucción de las categorías jurídicas y en las tensiones que entre ellas se generan, cabe interrogarnos de qué hablamos cuando hablamos de “autonomía” y “vulnerabilidad”. O, más precisamente, qué implica la relación entre “autonomías” y “vulnerabilidades”, en plural puesto que abarcan diferentes formas de expresión y diferentes singularidades; es decir, así como los despliegues de las autonomías son diferentes en cada sujeto y, particularmente respecto a las NA, son progresivos y vinculados a la protección como cara y contracara de una misma moneda²⁴², la noción de vulnerabilidad también es plural, diversa y compleja²⁴³.

Consecuentemente, la vinculación entre ambos conceptos a la luz de la temática propuesta constituye una relación tensional²⁴⁴, complementaria y no de opuestos, toda vez que su debido reconocimiento y adecuada articulación en el marco de los estándares de la protección especial de NA constituye una garantía que posibilita el efectivo ejercicio de derechos. En este sentido, la *“condición de infancia se presenta como el nudo en que se ensamblan*

²⁴² Es decir, entendiendo a la autonomía progresiva y a la protección especial de NA como principios complementarios y no antagónicos. Ver: SALITURI AMEZCUA, Martina y VIDETTA, Carolina, “Autonomía progresiva y responsabilidad parental: una mirada desde el prisma de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes”, *Revista En Letra Derecho Civil y Comercial*, año III, N° 6, Buenos Aires, 2018, págs. 101-118; HERRERA, Marisa, SALITURI AMEZCUA, María Martina y VIDETTA, Carolina, “Autonomía vs. orden público en las relaciones de familia, en el Derecho argentino desde una perspectiva contemporánea”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 38 (monográfico), Madrid, 2019, págs. 25-53.

²⁴³ Ver: FERNÁNDEZ, Silvia E., “El ejercicio de derechos personalísimos por niñas, niños y adolescentes. Tensiones entre autonomía y vulnerabilidad”, *RCCyC* 2018 (julio), 13/07/2018, 30, Cita Online: AR/DOC/1208/2018; LUNA, F., “Elucidating the concept of vulnerability. Layers not labels. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*”, 2009, (IJFAB) 2 [1], págs. 120-138.

²⁴⁴ En este sentido, se ha sostenido doctrinariamente que “[n]o son aislados los casos que enfrentan a los principios de autonomía y vulnerabilidad, en su despliegue y aplicación práctica. Así, el reconocimiento de mayores dosis de autonomía puede verse severamente limitado si consideramos las diferentes capas o factores de vulnerabilidad que pueden abrazar la situación de un niño en concreto”. FERNÁNDEZ, Silvia E., “El ejercicio de derechos personalísimos por niñas, niños y adolescentes. Tensiones entre autonomía y vulnerabilidad”, op. cit.

estas dos nociones a primera vista antagónicas pero que hemos entendido necesitadas de una inescindible complementariedad; en que la vulnerabilidad opera como una herramienta integradora y correctora para ajustar el ejercicio de la autonomía conforme las necesidades de protección del NNA concreto”²⁴⁵.

Siguiendo esta lógica, en el presente trabajo se hará referencia, principalmente, a tres aspectos o vulnerabilidades con las que algunas personas pueden enfrentarse para el ejercicio pleno de sus derechos, desde los condicionamientos que impone la realidad social²⁴⁶: 1) la derivada de la edad, que se relaciona con la interacción entre autonomía progresiva y protección especial de NA; 2) la socio-económica, que se vincula a la efectividad de los DESC; y 3) la del género, especialmente -en lo que a este análisis respecta- en conexión con los “roles” y “estereotipos” vinculados a las madres. Estas tres vulnerabilidades -que desde ya no son las únicas existentes- se encuentran reconocidas en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad²⁴⁷ y, a su vez, pueden presentarse simultáneamente (“interseccionalidad”²⁴⁸) complejizando aún más las situaciones socio-jurídicas.

Por su parte, la noción de “autonomía personal”²⁴⁹, especialmente desde el ámbito de los derechos personalísimos y de las familias, ha tenido un importantísimo desarrollo a partir de su despliegue sobre la base del principio de igualdad estructural, que implicó reconocer efectivamente la autonomía y sus consecuencias jurídicas en relación a las diversas subjetividades y sus vulnerabilidades fácticas. Así, en relación a los derechos de lxs NA y a partir de los arts. 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), el art. 26 del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) se ocupó de regular su “autonomía progresiva”²⁵⁰.

²⁴⁵ FERNÁNDEZ, Silvia E., “El ejercicio de derechos personalísimos por niñas, niños y adolescentes. Tensiones entre autonomía y vulnerabilidad”, op. cit.

²⁴⁶ En este sentido, cabe aclarar que no es la persona en sí quien es vulnerable, sino que es la situación de desigualdad real o estructural construida social y culturalmente la que genera esa condición o situación de vulnerabilidad en la que se encuentra. De allí, la garantía de protección reforzada de derechos a cargo del Estado como garante último de los derechos humanos.

²⁴⁷ Aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana y a las cuales ha adherido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acodada 5/2009, expte. N° 821/2009.

²⁴⁸ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador” del 1/9/2015.

²⁴⁹ Mariel Molina de Juan ha señalado que el CCyC, en relación a la persona humana, “*abandona el binarismo que definía a la capacidad en términos de oposición ‘capacidad–incapacidad’ y, fundado en los aportes de la bioética, reconoce diversas situaciones desde las que puede valorarse el ejercicio de los derechos, sea que se trate de un niño o adolescente en desarrollo, sea que se refiera a una persona con discapacidad o con alteraciones en su salud mental. Persigue el propósito de destacar la subjetividad humana y propiciar la autonomía personal, que no solo se visualiza como el punto culminante del proceso formativo, sino que, además, debe estar presente a lo largo de todo el recorrido hacia la vida adulta e independiente*”. Conf. MOLINA DE JUAN, Mariel, “Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial Argentino”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 4 ter, julio 2016, pág. 16.

²⁵⁰ Al respecto, debemos considerar el estatus o condición jurídica de lxs NA, es decir de las personas

Asimismo, cabe considerar la regulación específica que el citado artículo de la regulación civil realiza en relación al cuidado del propio cuerpo y la toma libre de decisiones sobre cómo vivir esa corporalidad en sociedad desde la propia identidad y deseo, abordándose la referida tensión entre autonomía y vulnerabilidad de NA en el campo de la bioética. Desde este ángulo, aparece evidente su interconexión con un derecho social: el derecho a la salud.

En este sentido, podemos observar que en relación a varios institutos del Derecho de las Familias subyace esa conexión entre autonomía, vulnerabilidad y DESC, como en los alimentos y en la protección de la vivienda familiar, entre otros. Y, específicamente en lo que a derechos de NA se refiere, las medidas del sistema de protección integral (regido a nivel nacional por la ley 26.061) contienen un fuerte e indispensable contenido relativo a derechos sociales, en conexión con los principios de autonomía progresiva y de protección especial de derechos de NA, como consecuencia de su vulnerabilidad.

Ahora bien, desde el piso convencional/constitucional, el art. 27 de la CDN establece el reconocimiento, como derecho humano de lxs NA, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Desplegando obligaciones, por un lado, para lxs progenitorxs²⁵¹ u otras personas encargadas del niñx, quienes tienen la responsabilidad primordial de proporcionar²⁵² las condiciones de vida necesarias para su desarrollo; y por otro lado, hacia el Estado, debiendo adoptar medidas para apoyar a los anteriores a dar efectividad a este derecho²⁵³.

menores de 18 años de edad de acuerdo al art. 1 de la CDN. En este sentido, las infancias y adolescencias son consideradas jurídicamente como categorías vulnerables que gozan de protección especial, ya que por tratarse de sujetos que se encuentran en pleno desarrollo de sus facultades su vulnerabilidad es mayor a la de las personas adultas. Sin por ello dejar se considerarse su individualidad como sujetos de derecho y su participación activa a la luz del principio de autonomía progresiva. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en su Opinión Consultiva (en adelante, OC) N° 17/2002 (*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Serie A N° 17, 28/8/2002), refirió que lxs NA poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos -NA y personas adultas- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de las familias, la sociedad y el Estado, por lo que la necesidad de adoptar estas medidas o cuidados especiales proviene de la situación específica en la que se encuentran, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia (Corte IDH, OC N° 17/02, párrs. 54 y 60), en concordancia con el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). De este modo se consagró, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la especialidad como tutela reforzada de protección de los derechos de lxs NA. Ver: FERNÁNDEZ, Silvia, “Vulnerabilidad, infancia y protección especial. Sobre la especificación de derechos humanos fundamentales como tutela reforzada de protección”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Fernández, Silvia (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, Tomo I, págs. 63-84.

²⁵¹ En el marco del ejercicio de la responsabilidad parental.

²⁵² Dentro de sus posibilidades y medios económicos.

²⁵³ En consecuencia el Estado, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a lxs progenitores y a otras personas responsables por lxs NA a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda; así como también tomarán medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de las personas obligadas a ello. Al

Se trataría de responsabilidades concéntricas: lxs NA en el eje, en un primer círculo los miembros del grupo familiar y, en un segundo círculo más amplio, el Estado a través de sus distintos organismos así como la comunidad y sus organizaciones sociales. Esta idea permite visibilizar las nociones de apoyo, contención y fortalecimiento estatal hacia las familias, es decir la función estatal como contenedora del rol familiar, ya sea en forma subsidiaria o concomitante, en consonancia con los arts. 9 y 18 de la CDN.

Es aquí donde el sistema de protección integral de derechos de NA despliega sus efectos jurídicos, a través de sus tres niveles: medidas de promoción, medidas de protección integral y medidas de protección excepcional. En consecuencia, el cruce entre este sistema de protección y la efectividad de los DESC puede, indudablemente, ser analizado desde el derecho humano de todx NA a vivir y desarrollarse en familia, que implica primeramente el derecho a permanecer en el ámbito de crianza de su familia de origen²⁵⁴. Veamos.

respecto, el art. 4 de la CDN establece la obligación estatal de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos, haciéndose la salvedad de que para los DESC, los Estados están obligados a adoptar dichas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan, en sentido concordante con el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC). No obstante esta especie de reparo consagrada en los tratados -a diferencia de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos, respecto de los cuales no se estipuló dicha salvedad- cabe considerar los importantes estándares emanados de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos necesarios para interpretar los instrumentos internacionales en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22 Constitución Nacional), como: la obligación de “adoptar medidas inmediatas” , la obligación de garantizar “niveles esenciales de los derechos”, el principio de “progresividad y no regresividad” y la indivisibilidad de los derechos humanos. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de nuestro derecho interno estableció, en un caso sobre vivienda familiar, que los derechos sociales no son meras declaraciones sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, y que esta operatividad es derivada en la medida que se 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 lo que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos (Conf. CSJN, 24/4/2012, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos 335: 452).

²⁵⁴ Ello, en función del art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 6 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17 de la CADH y, especialmente, los arts. 5, 9, 18 y 27 de la CDN que suponen la satisfacción de este derecho y, puntualmente, el art. 7 al establecer que “[e]l niño (...) tendrá derecho desde que nace (...) en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Ver: FERNÁNDEZ, Silvia, “Principio de prevención y derechos personalísimos. Una mirada desde la protección del derecho a la vida familiar en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 38, Cita Online: AR/DOC/949/2016.

3. El derecho a vivir en familia y los derechos sociales como condición de posibilidad de desarrollo del proyecto de vida autónomo

En primer lugar, cabe considerar que la categoría jurídica de DESC implica la traducción a derechos de las necesidades básicas de todas las personas²⁵⁵. En este sentido, contar con condiciones indispensables para la vida digna constituye la base de materialidad contenedora sobre la que emerge la posibilidad de realización del proyecto de vida autónomo.

Que lxs NA cuenten con esas necesidades básicas satisfechas dentro de su núcleo de origen -a través del cumplimiento de la obligación primaria de lxs progenitores y, en su caso, con el debido apoyo estatal- les permitirá desarrollar progresivamente su proyecto personal y el despliegue de su personalidad gracias a la seguridad material de un entorno contenedor y posibilitante. Y no verse expuestos a cuidados alternativos, con las vicisitudes que ello implica en materia tanto de autonomía como de vulnerabilidad, de allí que la separación familiar sea una medida jurídica excepcionalísima y nunca basada en motivos socioeconómicos²⁵⁶.

Como podemos observar, autonomía, vulnerabilidad y derechos sociales interactúan y se auto-implican en relación al derecho a vivir en familia. Tanto respecto al derecho de lxs NA de crecer y ser criados en su ámbito de origen, en estrecha vinculación con su derecho a la identidad, como respecto al derecho de lxs adultxs responsables de

²⁵⁵ En este sentido, “*las necesidades básicas insatisfechas constituyen un elemento clave o la plataforma fáctica ineludible sobre la cual se construye y desarrollan los derechos sociales*”. Conf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de la Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, Tomo II, pág. 867. En consecuencia, si hay necesidades básicas insatisfechas, hay derechos sociales vulnerados. El PIDESC, que goza de jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, se refiere a los siguientes derechos: nivel de vida adecuado, alimentación, vestido, vivienda, salud, educación, protección y asistencia a la familia, a madres y a NA, seguridad social, trabajo, afiliarse y fundar sindicatos, participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico. Por su parte, en el ámbito del sistema de protección interamericano de derechos humanos, adquiere gran relevancia el estándar de “vida digna” -desarrollado por la Corte IDH en el caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” del 19/11/1999- como generador de responsabilidad internacional en virtud del art. 19 de la CADH, en tanto obligación estatal de evitar que lxs NA sean lanzados a la miseria, privadxs de mínimas condiciones de vida digna e impedidxs, por ende, de desarrollar plenamente su proyecto de vida, que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos. Entendiéndose que el deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa en relación a las personas vulnerables e indefensas y que la privación arbitraria de la vida no se limita al ilícito del homicidio, sino que se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad.

²⁵⁶ FERNÁNDEZ, Silvia E., “Separación familiar y responsabilidad del Estado por decisiones administrativas y judiciales que causan daño a niños, niñas y adolescentes”, *RDF* 65-193, Cita Online: AP/DOC/780/2014

julio 2016, pp. 16 y complejambien a y art. con vinculado a la proteccion as automonias es diferente en cada sujetos de exprión.

poder autónomamente ejercer su rol dignamente.

En consecuencia, el cruce entre el sistema de protección integral de derechos de NA y la exigibilidad de DESC es fundamental²⁵⁷, ya que el primero constituye el medio para la realización de la segunda, a través de la puesta en marcha de la institucionalidad y los resortes jurídicos hábiles para garantizar la plena satisfacción y goce de derechos a las personas menores de edad. Las medidas de protección integral de derechos resultan el principal recurso jurídico del sistema para garantizar los DESC de lxs NA en forma individualizada ante la denuncia de una situación particular de amenaza y/o vulneración de derechos, pues se trata de aquellas medidas que tienen la finalidad de preservar, restituir y/o reparar el ejercicio y goce de estos derechos, así como las consecuencias de dichas vulneraciones²⁵⁸.

Destacándose que la falta de recursos materiales de lxs progenitorxs, de los miembros de las familias, de lxs representantes legales o responsables de lxs NA, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de éstxs de sus familias ni su institucionalización (art. 33, ley 26.061)²⁵⁹. Por lo que “*en cualquier diseño e implementación de política pública destinada a la niñez debe considerarse la inclusión preferencial del niño en su familia, favoreciendo el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar*”²⁶⁰. Es decir, la protección integral de la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional) como derecho de lxs NA, sin perder por ello cada integrante del grupo familiar su individualidad, lo

²⁵⁷ Ver, entre otros: MORENO, Gustavo Daniel, “La responsabilidad del Estado como garante de los derechos del niño. Políticas públicas”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Fernández, Silvia E. (Dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo II, 2015; FERNÁNDEZ, Silvia E., “Acceso a derechos sociales. Legitimaciones colectivas”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, Cita Online: AP/DOC/858/2017; DOPAZO, Nancy, “El Estado como continente familiar ante la necesidad de una tutela efectiva”, *DFyP*, 2014 (septiembre), 26/08/2014, 27, Cita Online: AR/DOC/454/2014; SALITURI AMEZCUA, Martina, “Exigibilidad de derechos de niños, niñas y adolescentes a través del sistema de protección integral. Pobreza, violencias y burocracias”, *RDF* 2019-I, 116, 2019, Cita Online: AP/DOC/1111/2018.

²⁵⁸ Conf. arts. 33 y 34 ley nacional nro. 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Asimismo, el art. 37 puntualiza como medidas de protección a las siguientes: “*Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; c) Asistencia integral a la embarazada; d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; g) Asistencia económica. La presente enunciación no es taxativa*”.

²⁵⁹ Por ende, cuando la amenaza o violación de derechos es consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares (art. 35, ley 26.061).

²⁶⁰ MORENO, Gustavo Daniel, “La responsabilidad del Estado como garante de los derechos del niño. Políticas públicas”, *op. cit.*, pág. 2163.

que implica hacerse cargo de la tensión entre las dimensiones colectiva y singular de la temática.

Asimismo, las medidas de protección integral se relacionan con las de protección excepcional, es decir aquellas que sí implican la separación de lxs NA de sus familias de origen (art. 39, ley 26.061), en tanto la aplicación de las primeras se consagra como garantía de la efectiva excepción de las segundas²⁶¹, ya que éstas últimas solo se habilitan cuando lxs NA estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio²⁶², y nunca por carencias socio-económicas. Así, cabe destacar el carácter imprescindible del correcto funcionamiento de este andamiaje institucional a través de las medidas de protección integral, a fin de que las medidas excepcionales efectivamente sean recursos de última ratio²⁶³.

4. Análisis de un caso jurisprudencial con la obligada perspectiva de género

Siguiendo esta lógica, nos detendremos ahora para el análisis en un caso resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en fecha 3/7/2018²⁶⁴, en el cual y ante el recurso de casación deducido por la Defensora de Pobres y Ausentes, se decidió revocar la sentencia de Cámara que otorgó la adopción simple de una niña al matrimonio de guardadores, considerándose la vulneración de los derechos a la protección integral de la familia, celeridad y plazo razonable, a la identidad,

²⁶¹ En este sentido la ley dispone, como principio o regla, que serán procedentes las medidas excepcionales cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas de protección integral de derechos (art. 40, ley 26.061).

²⁶² Al respecto, el art. 39 del decreto reglamentario nro. 415/2006 establece que se entiende “*que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente y/ o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño*”.

²⁶³ Limitadas en el tiempo y de interpretación restringida, procedentes solo cuando los derechos fundamentales de las personas menores de edad efectivamente exijan la separación de su medio familiar de origen. En este sentido, la Corte IDH expresó que “*el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8º, 9º, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos*” (Corte IDH, OC 17/2002, párr. 119).

²⁶⁴ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 3/7/2018, “Reservado s/ Adopción s/Casación”, https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=7bcd7fae-116e-43e1-8713-d0cf9be6f04b, compulsado el 2/5/2019.

a las garantías judiciales, al agotamiento de las medidas administrativas previas al proceso de adopción y a la asistencia de la familia de origen, a la luz del corpus juris internacional y nacional de protección de derechos de NA.

El Tribunal resaltó que “[s]e autorizó la guarda preadoptiva omitiendo cumplir con la instancia administrativa previa obligatoria tendiente a constatar si la familia biológica de la pequeña podía hacerse cargo de su cuidado y crianza. No se dio intervención al organismo técnico protectorial a efectos de que indague y trabaje con la madre y/u otro miembro de la familia biológica de la niña sobre la posibilidad de crianza de la pequeña, más allá de todo impedimento económico (cf. CDN, art. 595 inc. b CCyC y Leyes 26061 y 4109)”. Por lo tanto, el “proceso fue llevado adelante, sin haber agotado instancias previas para asegurarle a la niña permanecer con su familia de origen”. En este sentido, corresponde resaltar el origen irregular de la situación que finalmente derivó en el dictado de la adopción, ya que todo inició con una guarda de hecho, la cual se encuentra prohibida por el art. 611 del CCyC y, además, lxs guardadores no se encontraban inscriptxs en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Es decir que surgió a partir de una entrega directa que nació por fuera del sistema de protección integral de derechos, no existiendo en el caso parentesco²⁶⁵ ni una situación fáctica que involucrara el principio de socioafectividad, a partir del cual y como excepción se podría haber habilitado la declaración judicial de inconstitucionalidad/inconvencionalidad o inaplicabilidad del referido art. 611 del CCyC²⁶⁶.

²⁶⁵ La transgresión de la prohibición de la entrega directa en guarda habilita al juez/a a separar al NA transitoria o definitivamente de su pretensx guardador/a, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de lxs progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstxs y el/la o lxs pretensxs guardadorxs del NA (conf. art. 611, 2do. párr. CCyC).

²⁶⁶ La norma ha sido declarada inconstitucional e inconvencional en: 1) Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 8, 15/07/2016, “L. G. M. s/control de legalidad - ley 26.061”, La Ley Cita Online: AR/JUR/67917/2016; 2) Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario 07/09/2016, “L., A. S/ guarda preadoptiva”, JA 2017-II, 38; 3) Juzgado de Familia y Penal de Menores de la ciudad de Villaguay, 08/11/2016, “R. M. C. Y D. J. S. S/ guarda con fines de adopción”, disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/02/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA-Y-PENAL-DE-MENORES-VILLAGUAY-ENTRE-RIOS.-Adopci%C3%B3n.-Inconstitucionalidad-arts.-600-611-y-634-CCyC..pdf>, compulsado el 2/5/2019; 4) Juzgado de Familia Nro. 1 de Corrientes, 10/05/2017, “N. A., M. M. I. s. Adopción”, elDial.com - AA9FD7; 5) Juzgado de Familia Nro. 2 de Río Gallegos, 11/07/2017, “Autoridad de Infancia Provincial s/ Petición medida excepcional”, elDial.com - AAA0A5; 6) Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 01/08/2017, “R., N. E. s/ guarda”, JA 2017-IV, 69; 7) Cámara Goya, Corrientes, 20/09/2017, “S.R.M. Y A.A. S/ guarda preadoptiva”, inédito; y 8) Cámara de Santo Tomé, 29/05/2018, “V., R. D. Y Z., M. M. S/ guarda y tenencia con fines de adopción”, disponible en http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-camara-civcom/pdf/2018/Microsoft-Word-SENT.-N%C2%B0-12-Expte.-VXP-395-09-FAMILIA-_RESERVADO_.pdf?iframe=true&width=95%&height=95%&22, compulsado el 2/5/2019. Por otra parte, ha sido declarada inaplicable en: 1) SCBA, 21/10/2015, “P., R. A. S/Inscripción de nacimiento fuera de término”, La Ley Cita Online: AR/JUR/65611/2015; 2) SCBA, 11/02/2016, “P., A. Guarda con fines de adopción”, La Ley Cita Online: AR/JUR/40367/2016; 3) Juzgado de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia, 24/02/2016, “M., M. G. y L., N. O. s/ incidente de guarda preadoptiva”, disponible en <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/03/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA.-N%C2%BA3-Comodoro-Rivadavia.-Guarda-preadoptiva.-2016.pdf>, compulsado el

Por ende, se obvió en el caso el rol de garantía que la actuación del sistema de protección implica en relación a la excepcionalidad de la adopción y la satisfacción de los derechos vulnerados de lxs NA y sus familias, especialmente sus DESC, a través de las medidas de protección de los organismos administrativos competentes. Violándose, el art. 595 inc. c) del CCyC que dispone, como principio que rige la adopción, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, a fin de que en ningún caso la separación de lxs NA sea por carencias económicas y materiales (art. 33, ley 26.061)²⁶⁷.

En consecuencia, el Superior Tribunal de Río Negro destacó que “[e]l ejercicio y goce pleno de vivir en familia con el grupo de origen no podría verse limitado por carencias económicas de los progenitores, puesto que ello -dicho crudamente- sería la negación de derechos a los pobres y en mayor medida a los indigentes. Lo cual no tiene cabida en la ideología que impregna la tésis de las convenciones 2/5/2019; 4) Cámara de Apelaciones en Civil y Comercial Sala II de Salta, 12/04/2016, “F. G. N.; F. E. B. POR PROTECCION DE PERSONAS”, disponible en <http://www.justiciasalta.gov.ar/uploads/pdf/3/545502.pdf>, compulsado el 2/5/2019; 5) Cámara de Apelación Civil y Comercial Trenque Lauquen, 11/05/2016, “L. A. M. S/GUARDA CON FINES DE ADOPCION”, disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/06/FA.-PCIAL.-CAM.-APEL.-CIV.-COM.-TRENQUE-LAUQUE-Prov.-Bs.-As.-Adopci%C3%B3n.-Guarda-apartamento-del-art.-611-CCyC.pdf>, compulsado el 2/5/2019; 6) Juzgado de Familia y Penal de Menores de Villaguay, 14/11/2016, “C.F. y S.B. S/ medida de protección excepcional”, inédito; 7) Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, Familia, Instrucción, Menores y Faltas de Cura Brochero, 27/03/2017, “C., J. G. s/ control de legalidad”, disponible en <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/05/Jurisprudencia-Familia-26.05.pdf>, compulsado el 2/5/2019; 8) Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala Civil y Comercial II, 03/05/2017, “R. T., J. y otra (M., L. M.) s/ guarda con fines de adopción”, La Ley Cita Online: AR/JUR/19994/2017; 9) Juzgado de Familia nro. 1 Comodoro Rivadavia, 19/05/2017, “M., A. E. y M., L. H. S/ adopción”, La Ley Cita Online: AR/JUR/42356/2017; 10) Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 08/08/2017, “G. A s/ adopción”, elDial.com - AAA226; 11) Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia 1a Nominación Río Tercero Córdoba, 09/08/2017, “R., A. A. y otros – Guarda – No contenciosa”, disponible en <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1377>, compulsado el 2/5/2019; 12) Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 01/09/2017, “T., H. R. y otros s/ adopción”, La Ley Cita Online: AR/JUR/73634/2017; 13) Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 01/06/2018, “M., M. y otros s/ Guarda” (familias solidarias), La Ley Cita Online: AR/JUR/45191/2018; y 14) Juzgado de Familia nro. 4 de Quilmes, 10/07/2018, “G.H.G.M. s/guarda con fines de adopción”, inédito. Para ampliar sobre la temática ver: HERRERA, Marisa, “Guarda de hecho”, en *Manual de Derecho de las Familias. Segunda edición actualizada y ampliada*, Buenos Aires, La Ley, 2019, págs. 772-780.

²⁶⁷ En este mismo sentido, dentro del marco de un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se sostuvo que “antes de excluir a un niño de su ámbito de origen, tuvo que haber fracasado el esquema de protección, preventivo y de apoyo (v. arts. 33, 37 y 40). Recién agotada esa instancia a cargo del organismo de derechos local, podrá accederse a otras formas de intervención, cuya legalidad quedará sujeta al control judicial. Este último tipo de providencias -que obedece a las premisas de subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal- no es sustitutivo del grupo de origen, por lo que debe propiciarse, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso del niño a su medio originario; sin que ninguna medida excepcional pueda fundarse en la falta de recursos, políticas o programas administrativos, o en la falta de medios de la familia (esp. mis. 33, in fine, 40 y 41, incs. b, c y ff)” (Del dictamen de la Procuración General de la Nación, cuyos fundamentos la Corte Federal comparte y a los cuales se remite, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/6/2016, “I. J. M. s/ protección especial”, MJ-JU-M-98891-AR / MJJ98891).

(art. 18.2 CDN) ni en la base filosófica de un Estado constitucional de derecho, como tampoco podría extraerse hoy de la norma infraconstitucional en la que campea un fuerte contenido igualitario y de inclusión”.

Ello en función del respeto, protección y garantía del derecho humano de toda NA a vivir y ser criado por su familia, preferentemente de origen (arts. 9 y 18 de la CDN, art. 19 de la CADH y OC 17/2002 de la Corte IDH), que activa la referida interacción entre adopción y sistema de protección integral de derechos de NA²⁶⁸. La cual, en este caso, fue incumplida, obviándose todo este mecanismo de protección de los derechos de la niña y su familia de origen (madre y hermanos). Resaltando el Tribunal el derecho de toda NA *“a conocer y a vivir con sus progenitores biológicos, y también el derecho a ser separado de ellos cuando se detectan causas que impiden un desarrollo adecuado. Para eso el Estado debe haber realizado acciones positivas mediante programas aptos para fortalecer la crianza o remover las causas en procura de restituir los derechos vulnerados”*.

Por otra parte, desde el principio de realidad, cabe considerar la situación fáctica del grupo familiar de origen y de cada uno de sus integrantes desde la ya referida tensión colectivo-individual de sus derechos, lo que nos lleva imprescindiblemente a ponernos los lentes de la perspectiva de género. Veamos.

En el caso nos encontramos con una mujer en situación de vulnerabilidad socio-económica, respecto a quien el Tribunal consideró que no se cumplieron las garantías del debido proceso legal: al carecer de asistencia jurídica; omitírsele notificaciones judiciales; y no ser su consentimiento sobre el desprendimiento de su hija pleno, libre e informado, sino condicionado por sus circunstancias económicas y sociales. Por lo que se sostuvo que la manifestación de voluntad de la progenitora *“fue producto de un error esencial de la compareciente, pues no conocía la naturaleza ni los efectos del acto al que contribuía a formalizar con su aquiescencia; lo cual tuvo recién en claro cuando contando con defensa técnica, se presentó ante los estrados judiciales a solicitar se revoque la guarda con fines de adopción”*.

Así, se resalta en la sentencia que *“las condiciones económicas o las limitaciones materiales que afecten a los adultos no pueden ser motivo de separación de los niños de ellos; al igual que -como en el caso- las limitaciones que puedan sufrir las mujeres que crían solas a sus hijos, o aquellas que viven en situaciones de pobreza, violencia y exclusión no pueden dar lugar, sin más, a la posibilidad de que sus hijos sean declarados en situación de adoptabilidad”*.

Desde la dimensión relacional y sobre la base del derecho humano a vivir en familia, la afectación de los derechos y garantías de la progenitora, especialmente reforzados en tanto mujer, derivó en una vulneración de los derechos de su hija. Por lo que el Tribunal concluyó, de esta forma, que *“la garantía del debido proceso legal que ha sido desconocida a la madre biológica, tal como antes se señaló, también afectó el derecho al debido proceso*

²⁶⁸ Ver: FERNÁNDEZ, Silvia E., “Medidas de protección de derechos y adopción. La complejidad en la articulación y el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 29, 2015, AR/DOC/3808/2015.

*legal de la niña y su derecho humano de no ser separada de su familia de origen por razones fundadas en las limitaciones materiales de su progenitora; afirmación fundada en las constancias de autos, de las que bien se colige que tanto la entrega directa, como la guarda judicial con fines preadoptivos se ancló en la situación económica del grupo y de la cual el órgano técnico protectoral se desligó el Estado se mantuvo ausente, por consiguiente no puede tenerse por fracasado aquello que no se realizó*²⁶⁹.

Desde esta óptica y de acuerdo a los resultados de un relevamiento realizado por UNICEF en nuestro país, las personas menores de edad que “*residen en hogares cuya persona de referencia es adulta entre 25 y 59 años, o joven (menor de 25), mujer, con nivel educativo intermedio a bajo y que está desocupada o trabajando informalmente tienen más posibilidades de ser pobres, comparadas con la población infantil y adolescente que vive en hogares con jefatura masculina, de 60 años o más, que tienen al menos secundaria completa y que trabajan en el sector formal de la economía*”²⁶⁹.

Asimismo, también se señala en dicho estudio que la pobreza infantil es mucho más elevada en los hogares monoparentales, observándose que en estos casos la pobreza extrema duplica la tasa de pobreza promedio. Al respecto, se repara en que “*los hogares monoparentales cuentan con una única (o único) proveedora de ingresos, que además debe asumir las tareas domésticas y de cuidado debiendo aceptar en algunos casos inserciones laborales precarias e intermitentes, muchas de las cuales se desenvuelven en el sector informal*”²⁷⁰. La escasa capacidad de generación de ingresos, combinado con la cantidad de adultas o adultos en el hogar, hace de este tipo de organización familiar una situación de vulnerabilidad económica”²⁷¹. De allí, la importancia de considerar siempre la noción de “las familias” en plural²⁷² a la luz del principio de realidad.

²⁶⁹ UNICEF, con la colaboración de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, *Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional - actualización 2017*, 1ra. Edición, noviembre de 2018, pág. 23. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/4196/file/Situación%20de%20niños,%20niñas%20y%20adolescentes%20sin%20cuidados%20parentales%20en%20Argentina.pdf>, compulsado el 2/5/2019.

²⁷⁰ En este sentido, de los resultados del mismo relevamiento surge que: “[u]na niña o un niño en un hogar cuya persona de referencia está desocupada tiene 3,2 veces más posibilidades de ser pobre comparado con aquella niña o niño que reside en un hogar cuya persona de referencia está ocupada en el sector formal de la economía”. No obstante: “[e]l tener un empleo no parece ser una condición suficiente para estar fuera de la pobreza. Una niña o un niño que vive en un hogar cuya jefa o jefe se desempeña como trabajador informal o un trabajador por cuenta propia en ocupaciones de baja cualificación, tiene una probabilidad 3 veces más alta de estar en la pobreza (solamente un poco menor al del desocupado) que aquella otra u otro que reside en un hogar cuya jefa o jefe es un trabajador formal. Está claro que la calidad de la inserción laboral importa y que una inserción precaria en el mercado laboral genera situaciones análogas en términos de bienestar que la provocada por la falta de un empleo”. Concluyéndose, en estos casos, en la impotencia de “los ingresos no laborales, por ejemplo, los provenientes de los programas de protección social. Además de tratarse de un aspecto central que destaca el rol del Estado en las situaciones de crisis, tiene especial relevancia desde la perspectiva de las políticas de reducción de pobreza vigentes en la Argentina” (UNICEF, *Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional - actualización 2017*, op. cit., págs. 24 y 25).

²⁷¹ UNICEF, *Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional - actualización 2017*, op. cit., págs. 24 y 25.

²⁷² Visibilizando el reconocimiento de la diversidad de formas familiares, así como de situaciones y relaciones entre sus miembros y con el Estado. Al respecto, desde los estándares del sistema interamericano

Al respecto, cabe dejar abierto el siguiente interrogante: ¿cómo deben articularse los sistemas de protección integral de derechos de lxs NA y de derechos de las mujeres?.

Finalmente y en sentido concordante con este análisis, se ha señalado que la desigualdad de género, presente en la realidad de las familias asistidas por el sistema de protección de derechos de NA, se encuentra “*naturalizada, al menos en alguna medida, en las nociones o en los conceptos que se desprenden de las prácticas de los técnicos que trabajan con la población intervenida*”²⁷³. Por ello, “*(...)cuando se generan condiciones de mayor cercanía en las interacciones entre lxs agentes y las madres de los niños, es posible observar intervenciones en las que las madres son menos culpabilizadas y más “acompañadas” en pos del restablecimiento de derechos de sus hijos*”²⁷⁴.

5. Breve cierre a la luz de la protección integral

Luego de todo este recorrido y a modo de síntesis, podemos considerar que la tensión entre autonomías y vulnerabilidades en materia de derechos de NA nos lleva a encontrar el camino de la protección especial integral como el más acorde a los estándares de derechos humanos.

Sobre esta base, la garantía efectiva de los DESC posibilita el desarrollo de la autodeterminación en consonancia con el derecho a vivir y crecer en familia. Reparando, así, en el respeto de los derechos de cada unx de lxs integrantes de las familias desde, por un lado, su propia situación en concreto y, por otro, la dimensión relacional entre ellxs como grupo familiar.

de protección de los derechos humanos, se ha señalado que para la determinación del interés superior del niñx no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de lxs progenitores o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. Es decir que, no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual. En consecuencia, el interés superior del niñx no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellxs (Conf. Corte IDH, caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” del 24/2/2012, párrs. 109, 110, 111). Asimismo, en la CADH no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. No hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a lxs NA. El interés superior del niñx no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor/a por su estado civil, en beneficio de aquellxs que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia (Conf. Corte IDH, caso “Fornerón e Hija vs. Argentina” del 27/4/2012, párrs. 98, 99).

²⁷³ PÉREZ ÁLVAREZ, Julián Ignacio, “Intervenciones para la protección de la infancia pobre: interpelación a las madres o tutoras de sectores populares”, ponencia presentada en las *IX Jornadas de Investigación en Antropología Social Santiago Wallace, Facultad de Filosofía y Letras, UBA*, (GT 20 Acciones estatales, dispositivos jurídicos y experiencias socio-comunitarias en torno a la infancia y las familias), 28, 29 y 30 de noviembre de 2018, inédita.

²⁷⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, Julián Ignacio, “Intervenciones para la protección de la infancia pobre: interpelación a las madres o tutoras de sectores populares”, op. cit.

Ello así, toda vez que solo visibilizando y comprometiéndonos con las distintas tensiones y complejidades sociales, podremos efectivamente deconstruir igualdades meramente formales para construir, desde el principio de realidad, mecanismos jurídicos respetuosos de los derechos humanos, los que desde una igualdad estructural permitan el ejercicio pleno de la libertad de cada sujeto.

Protección especial de la infancia: autonomía personal y derechos económicos, sociales y culturales

Giosa, Laura María²⁷⁵

Cerabona, Gerardo²⁷⁶

1. Introducción

La proliferación a partir del siglo XX en el orden internacional de la protección de los derechos humanos, a través de la adopción de los más variados instrumentos jurídicos de carácter general y específico significó un cambio sustancial para los Estados puesto que planteó una reformulación en los objetivos legitimantes de los mismos. Promover y garantizar los derechos humanos sin discriminación se constituyó en la principal finalidad, cuyo contenido y alcance ha sido delimitado progresivamente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En ese escenario, los niños, niñas y adolescentes fueron reconocidos normativamente como sujetos privilegiados, en tanto titulares de derechos merecedores de una protección especial. Ahora bien, el contexto latinoamericano ha sido testigo de un tiempo a ésta parte de un sinnúmero de dificultades para dar cumplimiento a dicha protección especial, particularmente en materia de derechos económicos, sociales y culturales. No tomar en serio estos derechos significó condenar a miles de niños, niñas y adolescentes a transcurrir en condiciones que no garantizaron ni garantizan un adecuado bienestar y desarrollo. En última instancia, el estudio sobre las formas de garantizar la satisfacción de necesidades básicas significa procurar la protección de la autonomía más esencial de las personas.

En el presente trabajo nos proponemos abordar el vínculo que existe entre

²⁷⁵ Abogada. Profesora en las Cátedras de Derechos Humanos y Garantías y de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho, UNICEN. Co-Directora del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH).

²⁷⁶ Abogado. Docente de la Clínica Jurídica de Interés Público y de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho, UNICEN. Miembro del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH).

una concepción liberal de la autonomía de la persona y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia, partiendo de la exposición de diferentes obstáculos que se presentan a la hora de hacer una realidad estos derechos, que en última instancia, terminan afectando en algo tan esencial como la posibilidad de crear la propia autonomía.

2. Protección especial de la infancia en el marco de la crisis del Derecho

Tanto en el ámbito universal de promoción y protección de derechos humanos, como en el sistema interamericano, se ha reconocido a los niños, niñas y adolescentes (NNA) el derecho a una protección especial. Así ha quedado plasmado en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos²⁷⁷ y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁷⁸, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷⁹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸⁰, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁸¹ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económico, Sociales y Culturales²⁸², y como instrumento específico por excelencia, la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸³. Éste último, alcanzó un consenso sin precedentes en materia de ratificación de tratados de derechos humanos.

En el ámbito interamericano, el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido la norma a partir de la cual se ha desarrollado con fuerza la noción de *corpus iuris* de protección especial de la infancia, idea que alberga el objetivo de reconocer un plus de derechos en atención a su particular condición de vulnerabilidad²⁸⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que ²⁷⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, art. 25.2;

²⁷⁸ Adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, arts. VII y XXX;

²⁷⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, arts. 6.5, 10, 14.4 y 24;

²⁸⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, art. 10 y 12.2^o;

²⁸¹ Suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, arts. 4.5, 5.5, 13.4, 17, 19 y 27;

²⁸² Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 17 de noviembre de 1988, art. 16;

²⁸³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 44/25 de 20 de noviembre de 1989.

²⁸⁴ Para un estudio exhaustivo sobre la aplicación del art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ver BELOFF, Mary, *Derechos del Niño: su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*, 1^o edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2018;

“el *corpus juris* 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.”²⁸⁵, aclarando que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.²⁸⁶

Esta protección, lógicamente, se brinda respecto de todos y cada uno de los derechos reconocidos a los NNA en los diferentes instrumentos que integran el *corpus iuris* antes mencionado: derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, cuyo contenido y alcance se especifica a través del constante trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH, así como por los órganos de protección convencional del ámbito universal (el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos del Niño, entre otros).

Más allá del desarrollo brevemente expuesto, la situación social de la infancia (al menos en América Latina) es por demás preocupante. Ésta región revela la brecha de desigualdad social más importante del mundo, así como elevados índices de pobreza e indigencia, circunstancias de las cuales la infancia no es ajena. El divorcio entre los derechos y su efectiva protección dan cuenta de un problema profundo, de características sistémicas, cuyas razones deben ser objeto de estudio a través de la indagación en las dimensiones política, jurídica y económicas.

En el presente trabajo, para explicar la crisis del derecho de la infancia en Latinoamérica, tal vez sea de utilidad las enseñanzas de Luigi Ferrajoli, para quien el Derecho y la razón jurídica se encuentran atravesando una crisis, que explica a partir de tres factores: la crisis de legalidad, en virtud de la cual los poderes públicos han dejado de estar sujetos a las reglas jurídicas formales y sustanciales de la democracia (el valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos); en segundo lugar, la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Welfare State; y por último, el debilitamiento del constitucionalismo, donde sostiene que se han desplazado los centros de decisión tradicionalmente reservados a la soberanía del Estado, con una fuerte alteración del sistema de fuentes.²⁸⁷ Estos tres factores convergen

²⁸⁵ Corte I.D.H., 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, párrafo 115.

²⁸⁶ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 37, 53 y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Editorial Trotta, Octava Edición, 2016, págs.

en definitiva en una crisis del principio de igualdad de derechos y del principio de legalidad.

Si hacemos referencia a la particular condición de la infancia en América Latina, podemos recordar que en el mismo momento que los Estados latinoamericanos ratificaban la Convención sobre los Derechos del Niño, iniciaban un proceso de reformas políticas – denominadas comúnmente como neoliberales- principalmente en los ámbitos económicos y sociales que redefinían las funciones del Estado. Dos procesos desarrollándose en paralelo con fuertes puntos de contradicción: por un lado, el Estado asumiendo compromisos internacionales con una dirección normativa fuertemente protectoria (Convención sobre los Derechos del Niño), y al mismo tiempo, llevando adelante reformas que implicaron un distanciamiento con las funciones características del Estado de bienestar (reformas neoliberales).

Este proceso puede explicarse con mayor claridad a partir de lo que Mary Beloff denomina “la traducción latinoamericana del *corpus iuris* de protección de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.” Sostiene que los Estados Latinoamericanos iniciaron una ruptura radical²⁸⁸ con el anterior modelo tutelar clásico²⁸⁹ acompañado de un doble reduccionismo: legal y penal²⁹⁰. El modelo propuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño fue acogido al interior de los Estados a través de modificaciones legislativas y, en particular con regulaciones en el ámbito del derecho penal juvenil, sin avanzar con cambios profundos en los ámbitos institucionales. En ese marco para ser reconocida en sus derechos de ciudadanía (ignorados en el viejo modelo de protección) la infancia pagó el precio de ser olvidada en sus derechos económicos, sociales y culturales²⁹¹, a pesar que como se ha dicho, “mediante la Convención sobre los Derechos del Niño, la comunidad internacional pudo zanjar, por primera vez, la brecha ideológica que ha separado históricamente los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales.”²⁹² En definitiva, la amplia protección de la infancia proclamada en las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño no alcanzó su plenitud en el

15 y 16;

²⁸⁸ Lo que Mary Beloff denomina como “la traducción latinoamericana del *corpus iuris* de protección de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, para reseñar el particular proceso en que la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño incidió en el interior de los Estados latinoamericanos.

²⁸⁹ Modelo en el cual no se negaban los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, niñas y adolescentes (más allá de que la forma en que se garantizaban tampoco era respetuosa de un enfoque de derechos humanos), aunque también es cierto que el precio de su garantía fue la pérdida del reconocimiento de los denominados derechos de libertad o ciudadanía.

²⁹⁰ BELOFF, Mary, *Derechos del Niño: su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*, 1º edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, págs. 51-67;

²⁹¹ BELOFF, Mary, op. cit., pág. 62-63;

²⁹² Grant, J. Los Derechos de los Niños: la base de los Derechos Humanos, UNICEF, Nueva York, 1993, pág. 6. Discurso del ex Director Ejecutivo Mundial de UNICEF ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

escenario latinoamericano.

En lo descripto hasta aquí pueden observarse algunas coincidencias con los postulados de Ferrajoli. El doble reduccionismo (legal y penal) da cuenta de la pérdida de la capacidad regulatoria de las normas en el marco del Estado de derecho, aun cuando ellas comprometen la responsabilidad internacional de los Estados, toda vez que los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño exigen otras adecuaciones y modificaciones en el aparato estatal, necesarias para garantizar los derechos del niño. Sin embargo, los Estados, sobre todo en sus ámbitos legislativos y ejecutivo, llevaron adelante el proceso con al menos, una interpretación arbitraria; por otra parte, las reformas estatales iniciadas en la década de los '90 en los Estados latinoamericanos demuestran la inadecuación institucional para llevar adelante los compromisos asumidos a través de la Convención sobre los Derechos del Niño (reformas estructurales reduciendo funciones del Estado), y de alguna forma, también explica el desapego a los compromisos asumidos mediante la ratificación del instrumento internacional; y por último, corrimiento de los centros de decisión de las políticas internas de los Estados, condicionadas por los organismos financieros internacionales, donde el control democrático encuentra escaso margen de convalidación/legitimación.

Este desarrollo revela lo que podría denominarse un divorcio entre *derecho y su protección* que afectó particularmente la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia, que a nuestro criterio, resultan indispensables para generar condiciones adecuadas que aseguren el ejercicio de su autonomía.

3. El principio de autonomía de la persona y la satisfacción de necesidades básicas

El principio de autonomía personal se ha erigido como un pilar fundamental de cualquier sociedad democrática: las personas son consideradas fines en sí mismos, que deben poder elegir y materializar sus planes de vida, y sólo pueden “ser dañadas” o “ceder libertad” si son reconocidas dignamente y prestan su consentimiento. Este ha sido el fundamento central de parte de la filosofía liberal, en cuyo marco Carlos S. Nino sostuvo que el principio de autonomía de la persona prescribe que *“siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”*²⁹³.

En la misma obra Nino afirmó que su propósito era reconocer un conjunto mínimo de derechos individuales básicos, sin avanzar en la toma de posición sobre

²⁹³ NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2º edición ampliada y revisada. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 204;

la extensión de ese reconocimiento a otros derechos más controvertibles, dando por ejemplo la atención adecuada en materia de salud²⁹⁴.

El principio de autonomía de la persona pone en valor las preferencias y deseos de cada individuo respecto de su propia vida, y por ello intenta protegerlo de cualquier interferencia no justificada éticamente - del Estado o de terceros- que invada y dañe dicha esfera.²⁹⁵ Sin embargo, existen aspectos que no dependen de los deseos o preferencias que consideramos relevantes para fortalecer la noción de autonomía de la persona en el marco de las sociedades actuales, al menos, en el mundo occidental.

En este sentido, Martín Böhmer elaboró una justificación de los derechos sociales en el marco del principio de autonomía²⁹⁶, sosteniendo que ellos constituyen las condiciones necesarias para permitir la decisión libre - y ejercicio- del propio plan de vida, dotándonos de recursos intelectuales, materiales y espirituales indispensables para alcanzar una vida autónoma²⁹⁷.

Asimismo, Carlos Nino posteriormente realizó otros aportes al vincular el principio de la autonomía de la persona y las necesidades básicas, sosteniendo que “es necesario tomar en cuenta tanto la elección como la materialización de concepciones y planes de vida”²⁹⁸, refiriendo que son las necesidades categóricas o absolutas aquellas cuyo reconocimiento es relevante, en tanto son necesidades que se encuentran supeditadas a determinados fines que no dependen de los deseos o preferencias de las personas, identificándolas como prerrequisitos de la autonomía, como una condición necesaria para su ejercicio. En este punto aclara, que así la autonomía tiene dos caras, la de su *creación* y la de su *ejercicio*, siendo la creación aquella que no depende de las preferencias de la persona, mientras que la faceta del ejercicio sí²⁹⁹.

La diferenciación de la *creación* y su *ejercicio* es un dato revelador para una concepción liberal de la sociedad comprensiva de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo cuando nos referimos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, por la siguiente razón: mientras una persona mayor pudo haberse desarrollado en condiciones adecuadas para expandir su potencial, y posteriormente verse limitado en sus recursos para materializar un plan de vida libremente escogido;

²⁹⁴ NINO, Carlos S., op. cit., pág. 200;

²⁹⁵ Nino expone su teoría en contraposición a las corrientes perfeccionistas, holistas o de un determinismo normativo; op. cit. pág. 199;

²⁹⁶ Ensayando una inversión del tratamiento de los principios. BÖHMER, Martín, *Autonomía y derechos sociales. Una revisión del orden de los principios en la teoría de Carlos Nino*, en Revista de Ciencias Sociales, Volumen Monográfico Extraordinario, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso (C h i l e), Editorial Edeval, 2015, págs. 69, 70 y 71;

²⁹⁷ BÖHMER, Martín, op. cit. pág. 72;

²⁹⁸ NINO, Carlos S., *Autonomía y necesidades básicas*, Doxa 7, Universidad de Alicante, España, ISSN 0214-8876 1990, pág. 24;

²⁹⁹ NINO, Carlos S., op. cit., pág. 23;

en el caso de un niño que no ha contado con las condiciones necesarias de bienestar desde su primera infancia, puede hallarse en una situación aún más preocupante. Se ha limitado su posibilidad de desarrollar el aspecto “creador” de la autonomía personal, lo cual podría disminuir aún más su posibilidad de elección del plan de vida.

Nino dice que se debe igualar a todos los individuos en la dimensión de sus capacidades, para lo cual, toma conceptos de Amartya Sen, considerando que la distribución pública de recursos debe atender a los prerequisites para la formación libre de preferencias que puedan satisfacerse en algún grado³⁰⁰.

Vale la pena insistir con el punto diferenciador de los NNA. Durante un largo período de su vida, ellos/as dependerán para la satisfacción de sus necesidades más elementales de terceros: la familia, la sociedad y el Estado. La garantía de sus DESC será en definitiva lo que permitirá romper el círculo de la vulnerabilidad-representación de las personas³⁰¹, a través del fortalecimiento de las condiciones básicas para la creación de su autonomía.

4. Principio de autonomía de la persona y protección especial de niños, niñas y adolescentes

Para Mary Beloff la protección especial -reconocida normativamente- deriva de la vulnerabilidad esencial de los niños, dato fenomenológico reconocido por todas las culturas, que justifica la existencia de deberes estatales especiales hacia los/as niños/as, orientados a compensarla con medidas especiales de ayuda, cuando los llamados en primer lugar (la familia o la comunidad) no pueden hacerlo³⁰².

Para Garzón Valdés, el ejercicio de la autonomía de NNA se encuentra condicionado por su situación de radical vulnerabilidad y, por tanto, no se hallan en condiciones equitativas para negociar por sí mismos sus derechos. Diferencia, entonces, dos tipos de vulnerabilidades: las relativas y absolutas. En relación a las relativas, argumenta que quien está en dicha situación puede adquirir los bienes que le interesan si se eliminan las barreras de explotación o discriminación existentes. Esta situación en cambio, no se da en la vulnerabilidad absoluta. En este caso, no basta la eliminación de las barreras que impiden el ejercicio de su autonomía, sino que se requiere de otras medidas de ayuda. Al respecto, explica que “...*los casos de vulnerabilidad absoluta son los*

³⁰⁰ NINO, Carlos S., op. cit., pág. 32;

³⁰¹ Un aspecto interesante de estudio es analizar la relación entre las personas o colectivos que, por sus condiciones de vulnerabilidad –socio económicas-, se han visto históricamente representadas por sujetos distintos a ellos, que gozan de otros status jurídicos, cuya interpretación de los intereses a representar no siempre condicen con el enfoque de derechos, convirtiendo a los sujetos discriminados en objetos de protección, independientemente de la capacidad de estos mismos para ejercer por sí mismos sus derechos.

³⁰² BELOFF, Mary, op. cit., pág. 35 y 36;

*casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no solo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas. Pero, a diferencia de otras incapacidades básicas, la de los niños es naturalmente superable con el mero transcurso del tiempo: cuando se deja de ser niño se puede pasar a la condición de capaz básico o de capaz relativo. Hasta qué punto ello puede lograrse, depende, en no poca medida, de la forma como hayan sido atendidas sus necesidades durante un determinado período de sus vidas*³⁰³.

En esta línea, la Corte IDH en la sentencia dictada en el *Caso de "Niños de la Calle"*³⁰⁴ (Villagrán Morales y otros) abordó de forma integral las nociones de vulnerabilidad, autonomía y protección especial de niños, niñas y adolescentes, a partir de una interpretación amplia del derecho a la vida consagrado en el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁰⁵.

En dicha oportunidad argumentó que el derecho a la vida no implica solamente no ser privado de ella arbitrariamente, sino que también significa contar con acceso a condiciones que garanticen una existencia digna, siendo obligación de los Estados crear las condiciones necesarias para ello.³⁰⁶ Para Cançado Trindade el deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa frente a la protección de la vida de las personas vulnerables, máxime cuando ellos son niños en condición de extrema vulnerabilidad, quienes estarían privados de *crear y desarrollar* un proyecto de vida y aún de procurar un sentido para su propia existencia³⁰⁷.

Esta sentencia significó un considerable avance en términos de protección de la infancia en el sistema interamericano de derechos humanos. Fue la primera decisión donde la Corte I.D.H. analizó el art. 19 de la Convención Americana en cuanto al contenido de las medidas especiales de protección. Sin embargo, el Tribunal no avanzó respecto del contenido de los deberes de prestación positiva.

A dos décadas del pronunciamiento del Tribunal Interamericano, la situación de la infancia en latinoamericana exige por parte de los Estados, de los operadores jurídicos

³⁰³ GARZÓN VALDES, Ernesto, "Desde la "modesta propuesta" de J Swift hasta las "casas de engorde". Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño", Alicante, Revista Doxa, n° 15-16, 1994, p. 737 y 738;

³⁰⁴ Corte I.D.H., *Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63;

³⁰⁵ "Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los "niños de la calle", los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad", a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida." Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, op. cit., párrafo n° 191;

³⁰⁶ Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, op. cit., párrafo 4°144;

³⁰⁷ Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala ("Niños de la Calle")*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, voto concurrente Cançado Trindade y Abreu Burelli, párrafo 3° y 4°;

así como de los organismos de protección internacional, avanzar en la definición de las medidas especiales de protección antes mencionadas.

Como expresa Ernesto Garzón Valdés –en alusión a las sociedades latinoamericanas- *“una sociedad que no asegure la satisfacción de las necesidades básicas de la mayor parte de la población (los niños lo son) es una sociedad miserable. Y una sociedad estructurada de forma tal que la obtención del bienestar de parte de sus miembros es sólo posible a costa de la mayoría es injusta... [...] Pero estas situaciones no son el resultado de ninguna catástrofe natural, sino de un modelo de organización política y económica que aspira a reducir las funciones del Estado tan sólo a la protección y promoción de las necesidades e intereses de grupos minoritarios”*³⁰⁸.

Los deberes de prestación positiva por parte del Estado deben tener en cuenta las necesidades básicas de la infancia y adolescencia, sobre todo desde el aspecto preventivo de la protección especial, que demanda de los Estados la consideración de los riesgos evitables, comprensivos de todos aquellos daños que pueden prevenirse en base a la experiencia o los desarrollos de la ciencia, mediante la adecuación legislativa, institucional y en las políticas públicas con la correspondiente y suficiente provisión de recursos materiales, personales y económicos.

El planteo es tan claro como cierto. La protección de la autonomía de niños, niñas y adolescentes debe procurarse desde el enfoque de la protección especial, y en este sentido es deber de los Estados garantizar la satisfacción de las necesidades básicas indispensables a través del cumplimiento de las obligaciones correspondientes en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Conforme lo dicho por Böhmer, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia constituye la condición indispensable para alcanzar una vida autónoma o decidir libremente el propio plan de vida.

5. Reflexiones finales

La preocupación o el interés por el tema no puede encontrar un motivo más valioso: la protección de la autonomía de niños, niñas y adolescentes. El escenario en el que viven miles de niños en los Estados latinoamericanos, donde la desigualdad y la pobreza se han convertido en epidemias difíciles de combatir, revela profundas situaciones de discriminación. Los esfuerzos que desde diferentes ámbitos (sobre todo desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) se han realizado por reconocer a los niños en su condición de sujetos de derechos merecedores de una protección especial, evidentemente no han alcanzado para convertir a los tratados en

³⁰⁸ Garzón Valdés, Ernesto, “Desde la “modesta propuesta” de J Swift hasta las “casas de engorde”. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño”, Alicante, Revista Doxa, n° 15-16, 1994, p. 740;

mandatos suficientemente fuertes para los Estados.

Es necesario avanzar en varias direcciones. Por una parte, realizando estudios que puedan dar cuenta sobre cuáles son los obstáculos jurídicos y políticos que impiden una adecuada satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia. También, sobre un profundo análisis sobre los daños o implicancias que la mencionada falta de garantía tiene sobre las vidas de niños, niñas y adolescentes. Por último, proponer dispositivos más adecuados que sirvan de garantía de los derechos de la infancia en estricta consideración de la protección especial.

La afectación de la autonomía en una etapa tan crítica como la infancia, puede dejar marcas irreparables para quienes la padecen, que pueden condicionar de una u otra forma todo proyecto de vida. La integración de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales a la valoración del principio de autonomía de la persona, implica entonces reconocer a estos derechos como garantes de un sistema donde los postulados de igualdad y libertad adquieran la misma relevancia, escenario en el cual el principio de no discriminación sea una regla antes que una excepción.

La protección especial de la infancia en materia de derechos económicos, sociales y culturales es una deuda pendiente de los Estados Latinoamericanos. Las vidas mal vividas de miles de niños y niñas son una responsabilidad antes y ahora de las familias, la sociedad y el Estado. En ese escenario, un profundo desafío se presenta para los operadores del Derecho, consistente en avanzar en el estudio y formulación de modelos jurídicos íntegros que efectivamente tengan a la persona humana como centro de protección, para finalmente alcanzar una sociedad en la cual el desarrollo de las libertades individuales y la justicia social dejen de ser un anhelo y logren ser una realidad.

La Compensación Económica. Su sentido, sus límites y sus posibilidades

María Florencia Calá³⁰⁹

María Victoria Schiro³¹⁰

Guillermina Zabalza³¹¹

1. Palabras de apertura

El análisis del instituto de la compensación económica en el Derecho argentino, como incorporación reciente al elenco de respuestas jurídicas del Derecho de Familias, acarrea dificultades a la hora de pretender encorsetar su naturaleza en la de institutos preexistentes.

Por un lado, porque deviene en una concreción del principio de solidaridad familiar (versión actual del otrora orden público familiar), que pretende erigirse en contrapeso del principio de autonomía (lo cual pone en tensión el tradicional corte liberal con que se concibió el ejercicio de la autonomía privada con las particularidades del contexto y los sujetos involucrados/as).

Por otra parte, porque en nuestro ámbito, resulta una medida tendiente a corregir los desequilibrios propios de una estructura patriarcal de distribución de roles familiares, en la medida en que su aplicación visibilice y no oculte el entramado social que acarrea la desigualdad... desandar el camino del sentido que le fue otorgado y que va adquiriendo, sus límites con otros institutos así como sus posibilidades de aplicación, será el objeto de las líneas siguientes.

³⁰⁹ Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho de Familia y Sucesiones y Bioderecho de la Facultad de Derecho UNICEN, mail: florencia.cala@hotmail.com

³¹⁰ Doctora en Derecho, Magister en Derecho Privado, por la Facultad de Derecho, UNR. Profesora Asociada de Derecho de Familia y Sucesiones y Bioderecho de la Facultad de Derecho, UNICEN. mail: victoriaschiro@hotmail.com

³¹¹ Magister en Derecho Privado, por la Facultad de Derecho, UNR. Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones, Bioderecho e Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho, UNICEN. mail: guiguiz@hotmail.com

2. La perspectiva de género y las familias. Las visibilización del cuidado en las respuestas jurídicas

La delimitación de las características definitorias del instituto de la compensación económica que ensayaremos en este trabajo, no se trata de un intento teórico denodado por develar su “naturaleza jurídica” (si es que los institutos jurídicos poseen alguna). Por el contrario, pretendemos (ambiciosamente) seguir un camino de relectura y resignificación de las herramientas jurídicas del Derecho Privado, en particular del Derecho de Familias, en perspectiva de género. Ello, conscientes que el arribo a la letra de los Códigos de institutos que pretenden que cobre visibilidad la desigualdad histórica entre los géneros no alcanza, si no va de la mano con una interpretación y aplicación respetuosas no sólo de la intención de los/as legisladores/as, sino también de la fuerza expansiva que cobran las herramientas en manos de quienes saben y quieren usarlas.

Ahora bien, ¿por qué es importante analizar el instituto desde una perspectiva de género? Porque ello “busca dar cuenta que el Derecho no es neutral, y que al no aplicar una perspectiva de género, se continúa con la pretensión de neutralidad del Derecho y por tanto, se aplica este cuerpo normativo que sólo mantiene y reproduce una de las tantas formas de dominación: el género. En cambio, aplicar una perspectiva de género implica primero “ver y comprender todas las formas en que la mirada de los varones se ha asumido como humana, y corregirlas”³¹², implica en un caso analizar el rol de la subordinación y observar cuál es el resultado de la aplicación de determinadas normas, implica también visibilizar los efectos de la construcción social de los géneros y contribuir a desmantelar los mecanismos de dominación”³¹³.

Institutos como el analizado, marcan en su regulación la posibilidad de dotar de valor económico al trabajo de cuidado y por tanto brindarle visibilidad. ““Cuidar” implica la atención y satisfacción de aquellas necesidades físicas, biológicas, afectivas y emocionales que tienen las personas. Si bien todas las personas necesitan de cuidados, aquellas que son dependientes, ya sea por encontrarse en los extremos de la vida (niñez, ancianidad) o por otras razones (enfermedades, discapacidad) requieren de una mayor cantidad de cuidados y/o de cuidados especiales”³¹⁴. Tal concepto, “Incluye el autocuidado, el cuidado directo de otras personas (la actividad interpersonal de cuidado),

³¹² FACIO, Alda – FRIES, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 3, N° 6, Buenos Aires, UBA, 2005, p. 275.

³¹³ Troncoso Z., Camila, Derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres y su recepción por los tribunales superiores de justicia, p. 10/11 <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140378/Derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-de-las-mujeres.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³¹⁴ GHERARDI, Natalia- PAUTASSI, Laura- ZIBECCHI, Carla, *De eso no se habla: el cuidado en la agenda pública. Estudio de opinión sobre la organización del cuidado*, 1° ed., Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, ELA, 2012, p. 9.

la provisión de las precondiciones en que se realiza el cuidado (la limpieza de la casa, la compra y preparación de alimentos) y la gestión del cuidado (coordinación de horarios, traslados a centros educativos y a otras instituciones, supervisión del trabajo de cuidadoras remuneradas, entre otros)”³¹⁵. Sabemos que estas labores, tradicionalmente, han sido cumplidas en las familias por las mujeres, merced a una división sexual del trabajo que “...ha estructurado y consolidado las relaciones de subordinación de las mujeres. Su manifestación es su concentración en las responsabilidades de cuidado, y su menor y desigual participación en el mercado laboral”³¹⁶.

La naturalización de las funciones de cuidado, que convirtieran en trabajo no remunerado el realizado en el hogar, y que expulsaran del ámbito de “lo público” a las mujeres, determinó la consolidación de estructuras económicas familiares, donde la ruptura del vínculo conyugal o convivencial, se ha traducido históricamente en desequilibrio económico. Tal desbalance fue silenciado por el ordenamiento jurídico; en el caso del matrimonio, en ocasiones ocultado tras los efectos de un divorcio contencioso (el artículo 207 del derogado Código Civil resulta buen ejemplo de ellos, ya que forzando el concepto de alimentos, incorporó parámetros de aplicación muy parecidos a la compensación económica, pero atados a la calidad de “inocente” del divorcio o la separación personal). En el caso de la unión convivencial, brindando la callada respuesta de un pretendido ejercicio de la autonomía en condiciones de igualdad, sin atreverse a penetrar en las subalternidades escondidas en las familias, en los desequilibrios productos de desigualdades tan arraigadas en el entramado social que el ordenamiento se dio el lujo de invisibilizar, a la vista de todos/as, por décadas.

Quitar el velo de tales estructuras de subordinación, exige respuestas. El paso dado por la norma a través de la compensación económica ha resultado decisivo³¹⁷. La herramienta y los criterios para su aplicación brindan pautas para dotar de valor económico al trabajo en el hogar³¹⁸. “Las pautas del art. 442 desde un criterio subjetivo. No se trata solo de criterios de cuantificación, sino de circunstancias que determinan o

³¹⁵ RODRIGUEZ ENRIQUEZ, Corina, “Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad”, *Nueva Sociedad*, N° 256, marzo-abril de 2015, en www.nuso.org, p. 36.

³¹⁶ PAUTASSI, Laura, “La urgencia de los derechos: exigibilidad en el marco de la desigualdad de género”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, UNNE, N° 11, Primavera 2013, p. 20-39; en el mismo sentido, KERSZBERG, Natalia, “Equiparación de roles y género en el Código Civil y Comercial, ¿realidad o ficción?”, *Revista de Derecho de la Familia y de las Personas*, La Ley, 2015 (diciembre), pág. 45 y ss; SCBA, en C. 120.884 “D. M. c/ G., P. J.”, del 07.06.2017, voto del juez de Lazzari.

³¹⁷ Ver BURGOS, Juan Pablo, “La compensación económica en el divorcio y en el cese de las uniones convivenciales”, *elDial.com – DC26F2*, del 20.03.2019.

³¹⁸ Respecto de la expresa aplicación del instituto de la compensación económica como herramienta para visibilizar y valorizar en términos económicos el trabajo de cuidado y el consiguiente deber de juzgar con perspectiva de género, puede verse Cám. Civ. y Com. Pergamino, en autos 3463/2018 “V. L. A. c/ M., R. H. s/ Materia de otro fuero”, 04.04.2019, texto completo del fallo disponible en base Juba.

no la existencia del desequilibrio económico. Dichas pautas determinan roles y como estos han incidido en la situación patrimonial resultante del quiebre³¹⁹. Queda la labor de los/as operadores/as jurídicos/as, en primer lugar, para precisar los límites del instituto sin confundir la función que el mismo viene a cumplir. Y en tal tarea, identificar las estructuras familiares desiguales, e intentar retornar el equilibrio económico perdido; que será, como la misma denominación lo refleja, sólo una compensación, ya que la inserción laboral o productiva, y las oportunidades perdidas, el autocuidado subordinado, entre otros factores, en mucho son, *per se*, irre recuperables.

3. La compensación económica. Sus características definitorias y sus criterios diferenciadores

La incorporación en el Código Civil y Comercial del Instituto de la Compensación económica, como un derecho-deber de naturaleza familiar recíproco, determinó una serie de debates acerca de su ámbito de aplicación. Concretamente, los institutos con los cuales se ha emparentado (y a veces confundido), son la responsabilidad por daños intrafamiliar y los alimentos.

Podemos hallar captada la compensación económica en variadas fuentes de derecho comparado a partir de finales del siglo XX³²⁰, algunas de las cuales –básicamente el Derecho español- inspiraron la actual redacción de la norma argentina. Conforme afirma Molina de Juan, *“si bien existe un sustrato común, cada uno de esos sistemas le asigna funciones específicas y acomoda su fisonomía a las propias necesidades. Por eso, no es fácil formular una definición única ni identificar sus requisitos de una manera uniforme y válida para las diferentes latitudes, como así tampoco precisar su naturaleza. Más aún, las sucesivas reformas operadas -en muchos casos al poco tiempo de su incorporación - ponen en evidencia ciertas dificultades para su aplicación”*³²¹.

Respecto de la vinculación que se ha intentado con la responsabilidad intrafamiliar, si bien se ha teorizado acerca de la naturaleza indemnizatoria de la compensación, ello ha venido acompañado de ciertos intentos de atribuirla subjetivamente a un/a cónyuge, haciéndola derivar del incumplimiento de los deberes matrimoniales. Al respecto, cabe estipular que el instituto de la compensación económica se adscribe a un sistema de

³¹⁹ Juzgado Civil 92, CABA, en autos “K. M., L. E. c/ V. L., G. s/ Fijación de compensación”, 06.03.2018, elDial.com – AAA6CD.

³²⁰ La figura de la compensación económica fue receptada en Europa, en Francia, España, Italia, Dinamarca, Alemania; y en América en El Salvador, Quebec y Chile; Véase FANZOLATO, Eduardo, “Prestaciones compensatorias y alimentos entre cónyuges”, *Revista de Derecho de Privado y Comunitario, Alimentos*, I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, pp. 20 y ss.

³²¹ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas necesarias y respuestas posibles”, en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/11/MMJ-Compensaciones-econ%C3%B3micas-para-c%C3%B3nyuges-y-convivientes.pdf>. Extraído el 10/9/2019.p.2

divorcio sin expresión de causa. De hecho, la exigencia legal de que la prestación tenga causa adecuada en el proyecto común y su ruptura, se erige como un presupuesto de naturaleza objetiva. En tanto la responsabilidad intrafamiliar derivada de la inobservancia de deberes matrimoniales, no puede sostenerse en el marco de un sistema de divorcio con tales características.

Respecto del segundo, los alimentos vienen a cubrir una necesidad que el/la ex cónyuge no puede satisfacer por sí. El CCyC prevé en el artículo 434³²² los supuestos excepcionales de alimentos pos divorcio. Esta nueva perspectiva y captación normativa responde a dos motivos centrales como son la supresión del divorcio causado y el principio de autosuficiencia e igualdad en términos de “igualdad real de oportunidades”³²³. Si bien la normativa actual parte del principio general en virtud del cual cada uno de los cónyuges proyectaran sus habilidades para procurar su propio sostenimiento, de manera excepcional se captan dos supuestos que constituyen el piso mínimo de prestaciones que subsisten luego del cese del vínculo matrimonial, cuya finalidad es paliar la situación de vulnerabilidad y de esta manera evitar que se profundice la desigualdad³²⁴. En tal sentido, la norma en cuestión establece la posibilidad de reclamar alimentos por enfermedad y por extrema necesidad, sumándose a este marco tuitivo de protección la atribución de la vivienda familiar –art. 443 y ss. CCyC-.

³²² ARTÍCULO 434.- *Alimentos posteriores al divorcio. “Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a. a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosostentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos. b. a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441. En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas”.*

³²³ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación, en *Tratado de Derecho de Familia*”, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (direct), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, T I, 2014, p.283.

³²⁴ Ello sin desconocer que, aun cuando la doctrina y jurisprudencia han sido, en general, pacíficas al destacar el carácter excepcional de los alimentos pos divorcio (ver a modo de ejemplo Molina de Juan, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación”, Op. Cit., p. 282 y ss y jurisprudencia allí citada; Zannoni, Eduardo A., “Alimentos debidos entre ex cónyuges”, *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (diciembre), p. 18; Azpiri, Jorge O., “Alimentos post divorcio. Los límites del deber de asistencia”, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016 (abril), p. 115; Grondona, Paula, “Alimentos entre cónyuges”, en *Alimentos*, Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel Molina de Juan (direct.), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, T I, 2014, p. 209 y 243 y ss y jurisprudencia allí citada; Sánchez, Daniela Alma y Saá Zarandón, Cecilia, “Variación y extinción de la cuota de alimentos”, en *Alimentos*, Op. Cit., T II, p. 80; entre otros); dicha posición no resulta unánime, en tanto ciertos autores han señalado que el carácter excepcional de la prestación alimentaria entre excónyuges no se desprende de la ley y el intérprete carece de facultades para atribuir a los citados alimentos esa impronta restrictiva (Mizrahi, Mauricio L., “Alimentos posteriores al divorcio”, *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2018 (febrero), p. 3 y ss, cita online AR/DOC/3334/2017).

De lo expuesto se desprende el carácter asistencial³²⁵ de la obligación alimentaria pos divorcio, descartándose toda interpretación que conlleve a adjudicarle una naturaleza reparadora. Es así que la publicización del Derecho Privado se agudiza en el Derecho de Familias, procurándose una armonización entre los principios de autonomía y solidaridad familiar, con lo cual si bien la autonomía de la voluntad toma un rol protagónico en el nuevo escenario normativo, se encuentra la solidaridad familiar como frontera, edificándose un sistema en el que se procura una síntesis entre el horizonte y su contorno, cuya materialidad se encuentra captada en la excepcionalidad de los alimentos pos divorcio. Y en este instituto se visibiliza la conjunción y ponderación entre ambos, en tanto la solidaridad se erige como *responsabilidad* con aquellos con quienes se ha compartido un proyecto común, actuando como un mecanismo de articulación que permite concretar la igualdad real y verdadera entre los miembros de la comunidad a pesar de sus naturales diferencias individuales³²⁶. La solidaridad *“importa el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás”*³²⁷. Actúa como un mecanismo de articulación³²⁸ que permite concretar la igualdad material entre los diversos miembros de una familia, a fin de equiparar los puntos de partida. Y en esta materia, dentro de la dinámica familiar es importante observar como mínimo dos puntos de partida a tener en cuenta a fin de mitigar cualquier situación de desventaja y desigualdad, como son el inicio del matrimonio y el momento de cese y ruptura.

Como anticipáramos, el primer supuesto de excepción que recoge el artículo 434 CCyC es el de los alimentos debidos a quien padece una enfermedad grave preexistente³²⁹. El reclamo alimentario estará por tanto habilitado cuando se esté ante una enfermedad grave que impida autosustentarse y cuya existencia se da con antelación al divorcio. Surge como criterio de interpretación que la enfermedad debe revestir una entidad tal que le impida a la persona proveerse de recursos suficientes para mantener una vida digna. Por la particular situación de vulnerabilidad y fragilización en que se encuentra el cónyuge enfermo, se prevé que si el alimentante fallece la obligación se

³²⁵ Durante la vigencia del Código derogado, se planteaban diferentes tesis respecto de la obligación alimentaria post divorcio, considerándola algunos autores de carácter indemnizatorio, mientras que para otro sector –aunque el matrimonio se hubiese extinguido– no perdía su carácter asistencial la obligación alimentaria.

³²⁶ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación”, Op., Cit., p. 286.

³²⁷ PECES BARBA, Gregorio, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos - FERNANDEZ LIESA, Angel-LLAMAS CASCON y otros, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 278.

³²⁸ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación”, op., cit., p. 286.

³²⁹ Con un criterio similar a lo que se preveía en el artículo 208 del Código Civil derogado.

transmite a sus herederos³³⁰. Con lo cual, aun ante la muerte del obligado, la obligación continua en sus herederos, manteniéndose la excepción a la inherencia personal de la obligación alimentaria y al principio de extinción ante la muerte del alimentante, en virtud del principio de solidaridad que impone priorizar la tutela del enfermo frente a los herederos personales del alimentante, en tanto dentro del acervo sucesorio existan bienes para poder afrontar dicha obligación. Y en cuanto a la concurrencia entre herederos y parientes obligados, recordamos que la doctrina al interpretar los alcances de los artículos 208 y 367 del Código derogado consideró disvalioso que los parientes obligados puedan liberarse lisa y llanamente en razón de una carga sucesoria que pesa sobre herederos no parientes de aquél. Con lo cual se sostenía que en atención a las circunstancias del caso, los herederos podían exigir que esos parientes sean condenados en primer término para satisfacer la prestación³³¹. Estas interpretaciones son susceptibles de coordinarse con la solución que proyecta el artículo 546 del CCyC³³² ante el supuesto de existencia de otros obligados alimentarios. Indica Molina de Juan que esta solución resulta razonable en tanto evita el ejercicio abusivo del derecho, sin perjuicio de la subsistencia de un amplio espectro de legitimados pasivos³³³.

El otro supuesto de excepcionalidad que prevé el artículo 434 se refiere a los alimentos debidos a quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. El antecedente legislativo es el artículo 209³³⁴ del Código derogado,

³³⁰ A diferencia del artículo 208 del Código Derogado que decía “*Fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiere disuelto el vínculo matrimonio por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga de la sucesión debiendo los herederos prever antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola*”, la actual normativa prevé que “*si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos*”, con la finalidad de zanjar las críticas existentes que generó la consideración de la prestación alimentaria como *carga* de la sucesión, ya que las cargas de la sucesión en sentido estricto nacen luego de la muerte del causante, en tanto la deuda alimentaria prevista en el art. 208 tenía su génesis con anterioridad a la muerte. ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia* T2, Buenos Aires, Astrea, 2002, p.223; BOSSERT, Gustavo, *Régimen jurídico de los alimentos*, 2º edición, Buenos Aires, Astrea, 2012 p.112; MOLINA DE JUAN, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación”, op., cit., p. 286.

³³¹ ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T2, Op., Cit., p.223; BOSSERT, Gustavo, *Régimen jurídico de los alimentos*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p.11.

³³² ARTÍCULO 546.- Existencia de otros obligados. “Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance”.

³³³ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación”, Op., Cit., p. 291.

³³⁴ En referencia a los alimentos de extrema necesidad del derogado artículo 209, Mizrahi sostuvo: “... Efectivamente, si bien el divorcio rompe el vínculo, no por esa circunstancia aniquila su existencia anterior... Desde este enfoque, pues, no parece ajustado a la equidad ni a un principio de justicia que el derecho no intervenga ante la eventual indiferencia que exhiba alguno de los ex - esposos en relación a las necesidades del otro. Es por eso que, para nuestro criterio, el mentado deber legal de asistencia va más allá de la ruptura del vínculo y su justificación excede las puras razones humanitarias”, MIZRAHI, Mauricio, “Los alimentos entre cónyuges divorciados por causas objetivas. Desdoblamiento interpretativo del

que preveía los “*alimentos de extrema necesidad*”, cuya fijación se independizaba de todo concepto de culpa, fundamentándose en un principio de humanidad y solidaridad familiar ante el más necesitado³³⁵. La procedencia de estos alimentos sólo tendrá lugar en tanto se acrediten dos extremos: la ausencia de recursos propios para cubrir las necesidades –su estado de pobreza y la carencia de bienes o recursos³³⁶- y la imposibilidad de procurárselos³³⁷. El artículo 434 remite a los incisos b, c y e del artículo 433 para la determinación de la prestación de alimentos, con lo cual se tendrá que tener en cuenta “...b) la edad y el estado de salud de ambos cónyuges, c) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos;...e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar...”³³⁸.

La excepción a esta obligación se materializa también en el carácter temporario de la misma –excluyendo toda pretensión vitalicia-, en tanto constituyen una obligación a favor de alguien con quien ya no se tiene ningún tipo de vínculo jurídico. El límite temporal que prevé la norma se encuentra en la cantidad de años que duró el matrimonio. Así como se consagra este fraccionamiento del complejo temporal, la norma también prevé otro límite a los alimentos pos divorcio al decir que “...no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441”. El carácter excepcional del derecho alimentario pos divorcio se refleja así también en la imposibilidad de reclamar alimentos si se ha recibido una compensación económica³³⁹. Indica Molina de Juan que la incompatibilidad no debe conducir a interpretaciones que confundan ambos institutos, sino que tiende a remarcar el carácter excepcional del derecho alimentario pos divorcio y revalorizar el principio de autosuficiencia³⁴⁰. Con lo cual sí existe una situación de desigualdad, el cónyuge a

artículo 209 del Código Civil”, La Ley, 2009-B, 1104.

³³⁵ KRASNOW, Adriana -NADALINI, Gustavo, “Los efectos comprendidos en el piso mínimo de protección”, en *Tratado de Derecho de Familia*, T. II, Adriana Krasnow (direct.), Buenos Aires, La Ley, 2015, p.463.

³³⁶ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación”, Op., Cit., p. 292.

³³⁷ KRASNOW, Adriana- NADALINI, Gustavo, “Los efectos comprendidos en el piso mínimo de protección”, Op., Cit., p.461.

³³⁸ Aun cuando hay quienes han señalado que dichas pautas son meramente enunciativas, pues lo que persiguen es determinar la situación de hecho en que se encuentra cada una de las partes, por lo que entienden que un criterio de razonabilidad, justicia y equidad compromete al juez a tener en cuenta otros elementos, entre los cuales destacan el hecho de que exista una disparidad o desequilibrio económico creado en las condiciones de vida de los exesposos por el cese de la comunidad de vida y el consecuente divorcio (ver Mizrahi, Mauricio L., *Alimentos posteriores al divorcio*, Op. Cit, p. 3 y ss.); lo que estimamos puede llevar a una confusión entre el instituto alimentario y el de la compensación económica y sus respectivos ámbitos de aplicación.

³³⁹ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación”, op., cit., p. 296.

³⁴⁰ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Alimentos y compensaciones económicas”, en *Alimentos*, Op, Cit., p. 333.

quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación, teniendo en cuenta como mínimo dos puntos de partida como son el matrimonio y su ruptura, tiene derecho a una compensación, debiéndose atender en primer lugar esta situación y para el caso de que no sean susceptible de acreditarse los extremos previstos en el artículo 441 CCyC, o en los supuestos de que haya vencido el plazo de caducidad, se podrán solicitar los alimentos de extrema necesidad, pero sólo como última ratio.

Es así que, si bien tanto el derecho alimentario como el derecho a la compensación económica tienen su base en un criterio de equidad, en el primero se advierte la equidad ante la necesidad, en tanto que en el segundo supuesto la equidad se traduce en una idea de justicia correctiva que viene a remediar una situación de desequilibrio en aras de protección al más débil. Indica Molina de Juan “...es un derecho de naturaleza patrimonial que tiene por finalidad evitar el desequilibrio que el divorcio produce en alguno de los esposos, que tiene su causa adecuada en la peculiar distribución de roles y funciones durante la vida matrimonial. Si bien este desequilibrio se mantenía ‘oculto’ o ‘compensado’ durante la vida compartida, con el divorcio se hace patente”³⁴¹. Se advierte entonces la distinción de finalidades que cada uno de estos institutos posee, que aunque posean puntos de contacto (ambos comparten algunos criterios de fijación, así como la posibilidad de acordarlos mediante un convenio regulador conforme el artículo 439 CCyC), tienen diferentes caracteres, requisitos de procedencia, modalidades de cumplimiento y caducidad. Asimismo, se distinguen su naturaleza –asistencial en los alimentos y reparadora en la compensación económica-, así como su finalidad tuitiva –en los alimentos el criterio de equidad se encuentra en la exigencia de justicia de paliar la necesidad, en tanto que en la compensación económica la finalidad es correctiva a fin de paliar una desigualdad que acarrea un desequilibrio económico-.

Ante este supuesto fáctico de excepcionalidad, nos preguntamos ¿qué criterio de interpretación debe prevalecer ante la obligación alimentaria de los parientes frente al cónyuge de quien peticiona los alimentos? Si bien el Código no prevé una regla expresa que resuelva el conflicto alimentario cuando concurre la obligación del excónyuge con la de los parientes, consideramos que en virtud de una interpretación sistemática del CCyC –en donde el criterio de interpretación hoy se sitúa en la atenuación de las consecuencias alimentarias pos divorcio y en el carácter excepcional de la obligación del excónyuge- se desprende la prelación de la obligación alimentaria de los parientes sobre la del excónyuge³⁴². No obstante, este criterio de interpretación no es absoluto, y podrían

³⁴¹ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación”, Op., cit., p. 297; ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la ‘casa’ a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 199.

³⁴² Sin desconocer que dicha postura dista de ser unánime, en tanto hay autores que entienden que, frente a dicho contexto fáctico y como principio, el primer obligado debe ser el excónyuge, en virtud de que

admitirse excepciones en atención a la naturaleza del derecho en juego, armonizándose con el criterio normativo que emana del artículo 546 CCyC³⁴³.

El carácter de excepcionalidad de la obligación alimentaria pos divorcio se materializa también en las causales de cese que se prevén para ambos supuestos fácticos descriptos, como son: si desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

Ahora bien, de la literalidad del artículo 434 CCyC se desprende que la obligación alimentaria cesa si se recibe la compensación económica en el supuesto de los alimentos de extrema necesidad, pero no se menciona de manera expresa este supuesto de cese en los alimentos por enfermedad. Realizando una tarea de interpretación del artículo en toda su integralidad, es decir el supuesto que prevé la obligación por enfermedad y el párrafo que menciona los motivos de cese, consideramos que ante la eventualidad de que la persona enferma reciba una compensación económica no hace cesar sin más la obligación alimentaria como sucede en el supuesto de alimentos por necesidad. No obstante, creemos que esta solución no es absoluta, sino que quien cumple con la prestación alimentaria podría demostrar que ha cesado la situación que le impide autosustentarse en virtud de la compensación, y en consecuencia podría cesar la obligación en tanto se acredite que no se agudiza una situación de fragilidad. Por ello la solución no es automática como en el inciso b., sino que se requiere de la intervención judicial en aras de la protección de quien se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad, y de este modo evitar que en razón del género y el estado de salud, ciertas personas pueden verse desproporcionadamente afectadas por una discriminación intersectorial. Ello requerirá operadores/as jurídicos/as atentos/as que puedan reconocer estas formas entrecruzadas de discriminación, el impacto negativo combinado en las mujeres afectadas y brindar la respuesta jurídica más adecuada a ello³⁴⁴.

al contraer matrimonio se lleva a cabo un acto voluntario y quien lo hace debe por tanto atenerse a las consecuencias del mismo, aunque después desaparezca la relación matrimonial; mientras que la situación del pariente resulta muy diferente, pues su condición de tal está fuera de esa voluntariedad (Mizrahi, Mauricio Luis, *Alimentos posteriores al divorcio*, Op. Cit., p. 3 y ss).

³⁴³ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación”, Op., Cit., p. 300.

³⁴⁴ Recomendación general N° 28 del Comité de la CEDAW, relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la CEDAW. Párr.18 “La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular,

En cuanto a los alimentos provisorios, corresponde determinar la procedencia de los mismos pendiente la sentencia de fijación de la compensación. Si como afirma cierta doctrina española, quien pide alimentos no tiene lo necesario, pero quien solicita la compensación “algo tiene”³⁴⁵ (criterio que parece reiterar el Código argentino al regularlos como prestaciones excluyentes), no parecerían procedentes los “alimentos” provisorios, por no mediar “necesidad”. Pero la pregunta es ¿puede haber desequilibrio Y necesidad?

Ambas situaciones fácticas pueden darse de manera conjunta. Pero el otorgamiento de la compensación económica, sea a través de una prestación única o prestaciones periódicas, hace cesar en los hechos la situación de necesidad en caso que la misma exista; lo cual no implica que la compensación como instituto proceda ante la necesidad o tenga la finalidad de paliarla. En el proceso que dirima su otorgamiento, y en caso de que además del desequilibrio pueda mediar una situación de necesidad que daría lugar a alimentos, cabría hasta el momento en que se otorgue la compensación la adjudicación de alimentos provisorios; los cuales en principio cesarán, en caso de que la compensación sea procedente. Conforme al artículo 721 del CCyC los cónyuges pueden reclamar la fijación de alimentos provisorios, al preverse que *“Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Puede especialmente: e. determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433”*; solución normativa que se integra a su vez con el artículo 544 del CCyC que contempla los alimentos provisorios, al prever *“Desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales, y también las expensas del pleito, si se justifica la falta de medios”*. Las captaciones normativas mencionadas visibilizan la adecuada armonización y distingo de ambos institutos y la coordinación con el principio de solidaridad familiar en sus distintas perspectivas³⁴⁶. En un caso, el de los alimentos, se responde a una finalidad eminentemente asistencial, mientras que en el otro, la solidaridad se canaliza en una obligación del reequilibrio patrimonial producto de la ruptura matrimonial.

cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general N° 25”.

³⁴⁵ VÁQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, “La pensión indemnizatoria en los juicios de separación y divorcio”, La Ley, T. 2, 1982, pág. 817.

³⁴⁶ Sin perjuicio de que existen autores que se resisten a afirmar que el instituto de la compensación económica tiene sustento en el principio de solidaridad familiar, estimando que resulta insuficiente acudir en estos casos a ese concepto tan general pues aquí media una causa concreta y específica que amerita el compromiso de hacer frente a esa compensación, la que en consecuencia tiene lugar porque, en concreto, acontece un enriquecimiento puntual sin causa legítima a partir del cual, y como contrapartida, un excónyuge ha sufrido un daño injusto (ver Mizrahi, Mauricio L., “La compensación económica en el divorcio y las uniones convivenciales”, *Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, 2018 (agosto), p. 3, cita online AR/DOC/1344/2018.

4. Repensando sus contornos

Lo expuesto precedentemente devela la necesidad de continuar en la tarea de construcción de los caracteres definitorios del instituto, debiendo el/la operador/a separar adecuadamente el ámbito correcto de actuación del mismo, en el marco de una interpretación contextual, pero a la vez, repensando su ámbito de aplicación ante situaciones que escapen a las previstas originariamente como propias de cada instituto.

Como afirma Pellegrini, resta ante la vigencia del Código Civil y Comercial, que “a través de la tarea conjunta de abogados y jueces se logre delinear esta figura, para que efectivamente funcione como una herramienta de “corrección” o ajuste de los efectos disvaliosos que pudiera provocar la finalización de un proyecto de vida en común”³⁴⁷.

La compensación económica es un remedio propio del derecho de familias, frente a todos los desequilibrios patrimoniales que la separación produce. La compensación excede en su objeto al derecho alimentario extinto, y abarca supuestos que contienen ampliamente aquellos menoscabos de naturaleza patrimonial, que pueden sucederse a raíz de la ruptura matrimonial. Tampoco posee naturaleza indemnizatoria. Su finalidad es “corregir un desequilibrio patrimonial manifiesto”. Tal conceptualización resulta provisional, puesto que nos hallamos ante un instituto cuya “naturaleza está en construcción”.

Habiendo entonces diferenciado el instituto de otros con los cuales puede confundirse, podemos entonces ensayar (provisoriamente) sus caracteres distintivos.

Los derechos subjetivos familiares, como contenido de las relaciones jurídicas familiares, a la vez integradas con deberes jurídicos que funcionan conjuntamente en muchos supuestos, constituyen las facultades que las normas jurídicas familiares conceden a la persona con el fin de proteger y hacer valer sus intereses legítimos emanados de las relaciones jurídicas familiares³⁴⁸. Pese a las particularidades de cada uno, poseen los siguientes caracteres comunes: son extrapatrimoniales, inherentes a la persona, relativos, intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles y vitalicios. Respecto del derecho alimentario, se considera sin hesitación que comparte tales características, y su ejercicio en el marco judicial se vehiculiza a través de acciones de ejercicio de estado de familia.

A su vez, podemos enmarcar a los alimentos, dentro de los derechos de crédito

³⁴⁷ Sobre el interesante y meduloso análisis de la figura remitimos al artículo de María Victoria Pellegrini, “La compensación económica en la reforma del Código Civil argentino”, en *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus, 1º ed., 2014, p. 349 y ss.

³⁴⁸ KRASNOW, Adriana, “Derechos subjetivos familiares. Acto jurídico familiar. Estado de familia y posesión de estado de familia. Acciones de estado de familia y acciones de ejercicio de estado de familia”, en *Tratado de Derecho de Familia*, Adriana, Krasnow (direct.), Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 223.

propios del derecho familiar. Y en esa categoría incluiríamos asimismo a la compensación económica. Ahora bien, podemos considerar a la misma como un derecho subjetivo familiar, con todos los caracteres antes mencionados?. O lo deberíamos incluir como un derecho subjetivo familiar, excepcionándolo del cumplimiento de ciertos requisitos?. O bien los derechos de crédito propios del derecho de familia, son una categoría diversa a los derechos subjetivos familiares en sentido estricto, y los alimentos forman parte de ambas, mientras que la compensación económica no?.

En lo que sigue veremos los principales caracteres de los derechos subjetivos familiares, analizando su aplicabilidad al instituto de la compensación económica:

- A) Extrapatrimonialidad: En ello entendemos que no comparte la particularidad de los alimentos. Se trata de un derecho patrimonial, con consecuencias patrimoniales, independientemente del criterio o fundamento solidarista con el cual fue pensado.
- B) Inherencia personal: ello determina que su ejercicio recae solo en el titular del derecho, o bien en su representante, pero no podrían ejercerse por vía de subrogación. Más allá de tratarse de un derecho patrimonial, entendemos no cabe lo acontecido con otros derechos patrimoniales derivados de las relaciones jurídicas familiares, como es el caso de la posibilidad de los acreedores de solicitar la liquidación y partición de la comunidad de ganancias, donde hay circunstancias objetivas y eminentemente patrimoniales a dirimir. En el caso de las compensaciones económicas, el juez para su fijación debe analizar circunstancias subjetivas, propias de la vida familiar, que el acreedor no está en condiciones de ventilar ni de probar en el marco de un proceso de fijación de la cuantía de la misma. Más allá de que sea embargable y compensable.

A la vez ¿correspondería la transmisibilidad sucesoria del derecho y por tanto de la acción, si el beneficiario muere antes de transcurrir el plazo de caducidad para incoarla? Entendemos que, por una parte, como se trata de la fijación de un monto, si el mismo se hubiere fijado y no pagado total o parcialmente, corresponde a los herederos el reclamo de tales sumas. Ahora bien, la acción en sí misma no puede iniciarse ex novo, y si fue instada por el causante y el mismo muere sin que haya recaído sentencia, la acción caduca.

Respecto del deber, el derecho español, determina en su artículo 101 que *“El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”*.

Esta solución no es susceptible de aplicación en el derecho argentino, ya que ante la muerte del deudor, el monto correspondiente a la compensación económica

constituye una deuda sin inherencia personal, y por tanto transmisible. En ello se advierte el criterio diferenciador respecto de la solución proyectada en materia de alimentos pos divorcio del inciso 1 del art. 439.

- C) Irrenunciabilidad: Este instituto, más allá de su aplicabilidad general, se fijó asimismo como un instrumento destinado a paliar la desigualdad estructural de género, que se traduce entre tantos factores, en la desigualdad en el ámbito patrimonial. En aquellos hogares donde se mantiene el tradicional esquema mujer cuidadora / hombre proveedor, acciones legislativas como la incorporada a través de la compensación, determinan asimismo una concreta medición y cuantificación del trabajo no remunerado de la mujer en el ámbito doméstico, permitiendo a la vez contribuir luego a tornar viable su independencia patrimonial. Determinar la renunciabilidad anticipada a este derecho, constituye una medida regresiva respecto de los derechos económicos de la mujer.
- D) Imprescriptibilidad: No empece a este carácter, el hecho de consagrarse un plazo de caducidad en la norma. Ahora bien, tal plazo de caducidad merece ponerse entre paréntesis cuando nos encontramos frente a situaciones en las cuales el plazo corre en contra de la persona beneficiaria y puede profundizar aún más su situación de vulnerabilidad. Ello fue objeto a análisis en un fallo en que se decretó la inconstitucionalidad del plazo de caducidad para solicitar las compensaciones económicas en las uniones convivenciales. Allí merced a una interpretación armoniosa efectuada en clave convencional, a partir del derecho de toda mujer a una vida libre de violencia consagrado en la Convención de Belém do Pará, se estimó que “Dada la especial situación de violencia que se deriva de los hechos denunciados, la inestabilidad del grupo familiar en esos momentos y el estado de vulnerabilidad que atravesaba en dicha ocasión la peticionante, concluimos que el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de esta acción no pudo iniciar el mismo día del retiro del hogar familiar a causa de los hechos de violencia sufridos por la mujer”³⁴⁹.

La caracterización de un instituto debe servir a los efectos de identificar y respetar sus fines y no desvirtuarlos a momento de su aplicación, ni confundirlos en esa tarea con otra herramienta. Pero la finalidad no es encorsetarlo de modo tal que en la ardua tarea de que responda a un ideal teórico preconcebido, nos perdamos de la razón por la que vió la luz. Es por ello que tal vez sea, como en otras latitudes lo han nominado, sea un instituto “sui generis”; modo acordado de decir que su naturaleza es en realidad una construcción, algo que anida en el derecho vivo.

5. Reflexiones finales

349 M. F. C. c/ C. J. L. | compensación económica, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, 6-jul-2018.

La necesidad de “generizar”³⁵⁰ el Derecho Privado nos coloca ante desafíos múltiples, que asomaron primariamente en el Derecho de Familia, históricamente más permeable a la versatilidad de su objeto y a los desafíos que le presentan las nuevas realidades, así como los nuevos modos de percibir las.

Delinear los contornos de un instituto, pero conscientes, atentos y dispuestos/as a su fuerza expansiva, nos permite por un lado ser “fieles” a su finalidad, pero proactivos al momento de cobijar nuevas posibilidades de aplicación.

El instituto de la compensación económica es buena prueba de ello. Irrumpió como un nuevo instituto, generando las inercias propias de la rama de atribuirle naturaleza, aun cuando a poco de describirlo vemos que tal vez no se adapte a ninguna preconcebida. Tal vez la pregunta no sea ¿Qué es?, sino ¿Para qué (y para quién) es? Esa(s) pregunta(s), corren el velo de realidades familiares, históricamente arraigadas en una trama social silenciadora, y que ahora tienen nombre y tienen valor. Y una vez corrido el velo, el desafío de los/as operadores/as jurídicos/as de utilizarla en pos de la igualdad, se transforma en una obligación, pues ya no es posible, como en el mito platónico de la caverna, mirar hacia atrás.

350 GARCÍA MUÑOZ, Soledad, “La progresiva generización de la protección internacional de los derechos humanos”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 2, Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones internacionales, 2001. En <http://www.reeci.org/index.php/revista/num2>. Extraído el 10/9/2019. Tal concepto “pretende condensar en una sola palabra el fenómeno de transversalidad o impregnación de la protección internacional de los derechos humanos, por el género como concepto y perspectiva de análisis” (p. 2).

Violencia contra el colectivo LGTBI en los espacios públicos: aproximaciones para el estudio de la situación en América Latina

Brocca, Mariana³⁵¹

Ormar, Camila³⁵²

1. Introducción

Durante los últimos años se ha visibilizado las distintas formas de violencia a las que, con frecuencia, se exponen las personas pertenecientes al colectivo LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex) en América Latina. A modo de ejemplo, en 2014 en la ciudad de São Paulo una pareja de varones fue atacada y expulsada del metro por un grupo de hombres después de que estos le dijeran a la pareja que tenían que dejar de abrazarse³⁵³. Ese mismo año, otra pareja de hombres que estaba mirando un partido de fútbol en un bar de México fue rodeada por otros veinte hombres que los insultaron, les exigieron besarse, los empujaron, los escupieron y les tiraron cerveza. La pareja no presentó una denuncia formal porque estaba acostumbrada a este tipo de ataques³⁵⁴.

³⁵¹ Abogada (UNICEN). Becaria Fulbright 2019/2020. Candidata a LL.M. en International Human Rights Law por University of Notre Dame. Docente interina de las Cátedras de “Derechos Humanos y Garantías” y “Derecho Internacional Público” de la Facultad de Derecho de la UNICEN. Integrante del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH) de la misma Casa de Altos Estudios.

³⁵² Abogada (UNICEN). Doctoranda (UBA). Becaria doctoral (CONICET). Ayudante diplomada en “Derechos Humanos y Garantías” y “Derecho Internacional Público” de la Facultad de Derecho de la UNICEN. Integrante del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH) de la misma Casa de Altos Estudios.

³⁵³ PRAGMATISMO POLÍTICO. “Gays são espancados por 15 homens no metrô de São Paulo” 14 de noviembre de 2014. Citado en CIDH, Violencia contra personas LGTBI, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 2015, párr. 112. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

³⁵⁴ SDP NOTICIAS. “Fanáticos gays del Atlético de Madrid sufren ataque homofóbico en México,” 27 de mayo de 2014. Citado en CIDH, Violencia contra personas LGTBI, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 2015, párr. 112. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

Situaciones similares también se han registrado en Estados como Chile³⁵⁵ y Colombia³⁵⁶.

El presente trabajo tiene como objetivo llamar la atención acerca de los principales retos y desafíos de la región para el abordaje de la violencia contra las personas del colectivo LGTBI en zonas públicas y conocer si aquéllos son receptados, o no, por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) de la mano de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como principales órganos de nuestro sistema de protección.

Para lograr el objetivo propuesto, se utilizará el siguiente orden: en primer lugar, se explorarán las principales formas de violencia a las que se enfrentan las personas del colectivo LGTBI en el marco de espacios públicos. Luego, se presentarán los estándares desarrollados por los órganos de protección del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH) no sólo para obligar a los Estados a cumplir con las disposiciones contenidas en los instrumentos jurídicos del sistema, sino además para dotarlos de herramientas necesarias para contribuir, con perspectiva de derechos humanos, a frenar la situación de violencia que enfrenta uno de los grupos más vulnerables de nuestra región. Por último, se enunciarán las conclusiones alcanzadas.

2. El colectivo LGTBI y la violencia que atraviesa en espacios públicos

Según el Observatorio de Personas Trans Asesinadas, 2115 homicidios fueron reportados entre enero de 2008 y abril de 2016 en todas las regiones del mundo, de los cuales 1654 delitos fueron denunciados en América Latina³⁵⁷. Esto implica que el 78% de los crímenes de odio reportados a nivel mundial ocurrieron en nuestra región³⁵⁸.

En sintonía con lo expresado por el Observatorio, la CIDH³⁵⁹ ha destacado que la

³⁵⁵ THE CLINIC. “Movilh denuncia golpiza a lesbianas en pub y dos casos de discriminación en clínica,” 25 de julio de 2012. Citado en CIDH, Violencia contra personas LGTBI, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 2015, párr. 112. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

³⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Decisión T-909 de 2011, 1 de diciembre de 2011. Citado en CIDH, Violencia contra personas LGTBI, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 2015, párr. 112. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

³⁵⁷ OBSERVATORIO NACIONAL DE CRÍMENES DE ODIO LGBT. Informe del año 2018. http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2019/03/Observatorio-Nacional-de-Cr%C3%ADmenes-de-Odio-LGBT_Informe-2018.pdf

³⁵⁸ OBSERVATORIO NACIONAL DE CRÍMENES DE ODIO LGBT. Informe del año 2018. http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2019/03/Observatorio-Nacional-de-Cr%C3%ADmenes-de-Odio-LGBT_Informe-2018.pdf

³⁵⁹ CIDH. Reconocimiento de derechos de personas LGBTI, OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 184, 2018, párr. 171, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

violencia contra dicho colectivo no responde a actos aislados, sino que, por el contrario, es generalizada y ocurre en todas las esferas de la vida pública y privada producto de “una amplia discriminación e intolerancia respecto de orientaciones sexuales, identidades de género, expresiones de género diversas y personas cuyos cuerpos desafían las corporalidades aceptadas socialmente”³⁶⁰.

Posteriormente, sólo durante los primeros tres meses del año 2017 se registraron 17 crímenes motivados por prejuicios contra personas LGBTI en El Salvador³⁶¹. Una de las víctimas fue secuestrada, asesinada y su cuerpo encontrado con signos de tortura en una carretera³⁶². Por estos motivos, las personas trans salvadoreñas se han visto forzadas a huir a otros Estados en búsqueda de protección para sus vidas.

Por otro lado, en Venezuela para marzo de 2017 el cuerpo de una mujer trans fue encontrado sin vida. Del peritaje realizado se concluyó que fue secuestrada, torturada, su pene fue cortado y la piel de su cara levantada³⁶³. Este homicidio tiene las características similares a los asesinatos de personas gays en ese Estado³⁶⁴.

En Brasil cada 28 horas una persona LGBT es violentada por causa de la homofobia, bifobia y transfobia³⁶⁵. Así, la CIDH ha tomado conocimiento de las violentas agresiones que han terminado con la vida de diez mujeres trans brasileñas³⁶⁶ durante el primer trimestre del año 2017. En el caso de Argentina, un estudio realizado por el Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT en el año 2018, señala que el principal espacio físico en el que se comenten los crímenes de odio contra miembros del LGTBI es la vía pública (41%) al mismo tiempo que el 14% del total representa los casos ocurridos en establecimientos privados de acceso público, y el 7% de los casos ocurrieron en rutas y caminos; el 3% en descampados, terrenos baldíos y basurales. El 2% restante es la sumatoria de los crímenes de odio en donde los cuerpos se encontraron en ríos, arroyos, diques y en zanjones, canales y pozos³⁶⁷.

³⁶⁰ CIDH. Reconocimiento de derechos de personas LGBTI, OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 184, 2018, párr. 171, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

³⁶¹ CIDH. CIDH condena alarmantes cifras de asesinatos de personas LGBT en la región en lo que va del año, 2013, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/037.asp>

³⁶² CIDH. CIDH condena alarmantes cifras de asesinatos de personas LGBT en la región en lo que va del año, 2013, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/037.asp>

³⁶³ CIDH. CIDH condena alarmantes cifras de asesinatos de personas LGBT en la región en lo que va del año, 2013, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/037.asp>

³⁶⁴ CIDH. CIDH condena alarmantes cifras de asesinatos de personas LGBT en la región en lo que va del año, 201, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/037.asp>

³⁶⁵ CIDH. CIDH condena alarmantes cifras de asesinatos de personas LGBT en la región en lo que va del año, 2013, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/037.asp>

³⁶⁶ CIDH. CIDH condena alarmantes cifras de asesinatos de personas LGBT en la región en lo que va del año, 2013, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/037.asp>

³⁶⁷ OBSERVATORIO NACIONAL DE CRÍMENES DE ODIO LGBT. Informe del año 2018, <http://>

Sumado a lo anterior, es necesario señalar las situaciones de violencia que enfrentan particularmente las personas defensoras de los derechos de las personas LGBTI en nuestra región. Así se destaca en el Estado de Honduras, el asesinato de Paola Barraza³⁶⁸, mujer trans defensora de derechos humanos, miembro de la junta directiva de la Asociación LGTB Arcoíris y el asesinato de René Martínez³⁶⁹, defensor LGBTI en San Pedro Sula. En este sentido, la CIDH ha concluido que “las defensoras y defensores de derechos de personas LGBTI enfrentan una mayor vulnerabilidad a sufrir actos de violencia, debido a [...] los temas que defienden y en los que trabajan, ya que éstos buscan desafiar estructuras sociales tradicionales sobre la sexualidad y el género, arraigados en las culturas predominantes de los países de la región”³⁷⁰. En el mismo sentido se ha pronunciado Michel Forst, Relator Especial para las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos³⁷¹.

Por otro lado, es importante destacar las dificultades que acarrea la búsqueda de información detallada en materia de denuncias presentadas por violencia contra miembros del LGTBI. Así, la Defensoría LGBT de Argentina, dio cuenta del ocultamiento de la orientación sexual de los fallecidos lo que dificulta identificar las muertes como consecuencia de crímenes de odio³⁷². También se observa que en el caso de Brasil, no existe un campo específico en los boletines policiales destinados a las denuncias recibidas por delitos cometidos con base en la orientación sexual, identidad de género o posible motivación homofóbica y la escasez de datos demográficos relativos a la población perteneciente al colectivo del LGTBI. A ello se añade la naturalización de la violencia como única forma de trato posible o se alude a la autoculpabilización, por lo que las estadísticas que se elaboran se refieren sólo a los hechos denunciados, no

www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2019/03/Observatorio-Nacional-de-Cr%C3%ADmenes-de-Odio-LGBT_Informe-2018.pdf

³⁶⁸ CIDH. CIDH condena asesinatos y otros actos de violencia contra defensores y defensoras de derechos de personas LGBT en Honduras, 2016, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/027.asp>

³⁶⁹ CIDH. CIDH condena asesinatos y otros actos de violencia contra defensores y defensoras de derechos de personas LGBT en Honduras, 2016, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/027.asp>

³⁷⁰ CIDH. Directrices básicas para la investigación de violaciones a los derechos de las personas defensoras de derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., 2017, párr. 12, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DirectricesBasicas-PersonasDefensoras.pdf>

³⁷¹ NACIONES UNIDAS. Declaración de Fin de Misión Michel Forst, El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, visita a Honduras, 29 de abril al 12 de mayo, <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23063&LangID=S>; NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/40/60/Add.2, 2019. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5c63170d4.pdf>

³⁷² EL TIEMPO, Crímenes contra LGBT, una realidad invisible, 2018, <https://www.eltiempo.com/datos/cifras-de-crimenes-contra-la-comunidad-lgbt-en-latinoamerica-159558>

correspondiendo a la totalidad de las violaciones ocurridas en perjuicio del colectivo LGTBI que como consecuencia de la anterior no llegan a conocimiento de las autoridades públicas.

3. Estándares interamericanos en la materia

En el marco del SIPDH, el estándar en materia de protección del colectivo LGTBI surgió a partir de la reconocida sentencia al caso “Atala Riffo y niñas Vs. Chile”, del año 2012. A partir de dicho fallo, la Corte IDH determinó por primera vez que tanto la orientación sexual como la identidad de género quedan comprendidas como categorías sospechosas en el artículo 1.1 bajo el concepto de “cualquier otra condición social”³⁷³, (lo cual fue reiterado en los posteriores casos “Duque Vs. Colombia”³⁷⁴ y “Flor Freire Vs. Ecuador”³⁷⁵).

Empero, no fue sino hasta la Opinión Consultiva 24/17 que el SIPDH dio un nuevo – y esencial – salto a favor de los derechos de las personas LGTBI³⁷⁶. En efecto, en dicha opinión consultiva la Corte IDH determinó la obligación que tienen los Estados de reconocer el derecho que tienen las personas a poder rectificar su género de acuerdo a su autopercepción y el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo³⁷⁷.

Ahora bien, conforme surge de los hechos de los casos citados *ut supra* y del objeto de la Opinión Consultiva 24/17, puede observarse que la Corte IDH aún no ha tenido oportunidad de pronunciarse en forma específica sobre la violencia perpetrada contra el colectivo LGTBI en los Estados de las Américas. No obstante, esta situación se encuentra próxima a verse revertida, toda vez que la CIDH ha elevado recientemente un

³⁷³ CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

³⁷⁴ CORTE IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

³⁷⁵ CORTE IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

³⁷⁶ CORTE IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

³⁷⁷ CORTE IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, págs. 87 y 88.

caso ante el tribunal interamericano (“Azul Rojas Marín y otra en contra de la República del Perú³⁷⁸”) relativo a la violencia ejercida sobre una mujer transgénero por efectivos policiales. Si bien es cierto que los hechos sucedidos no hacen referencia a la violencia en espacios públicos, existe la posibilidad de que, al momento de pronunciarse, la Corte IDH sienta un estándar en la materia que sea susceptible de ser utilizado también para tales situaciones. Además, a ello debe sumársele el trabajo ya realizado por la CIDH, tanto a través de la Relatoría para el colectivo LGTBI como de sus informes específicos en el tema que ya han expuesto la situación de violencia en las Américas. Dentro de estos últimos cabe hacer mención al informe “Reconocimiento de derechos de personas LGTBI” (2018) y, específicamente, a uno anterior denominado “Violencia contra personas LGTBI” (2015), que demuestra el estado de vulnerabilidad en el que se hallan las personas LGTBI como consecuencia de los ataques perpetrados en su contra.

Como fue referido, el caso “Azul Rojas Marín” relata la detención arbitraria e ilegal y la violencia (incluyendo tortura sexual) ejercidas en contra de Azul, una mujer transgénero peruana que, al momento de los hechos, se identificaba como un varón gay³⁷⁹. Así, según fue observado por la CIDH en su informe de fondo, los agentes estatales ejercieron distintos tipos de violencia sexual contra la víctima con el objeto de discriminarla por su orientación sexual³⁸⁰. Sumado a ello, Azul fue revictimizada por los organismos judiciales cuando intentó denunciar a los funcionarios policiales³⁸¹.

En su análisis, la CIDH destacó que el concepto de prejuicio por orientación sexual, identidad de género o expresión de género se conforma como una herramienta para “la comprensión de la violencia contra las personas LGBT, ya que permite identificar el contexto social en el que se manifiesta dicha violencia³⁸²”. Asimismo, señaló que cuando una persona LGTBI, o una persona percibida como integrante de dicho colectivo, es agredida, el Estado tiene la obligación de realizar una investigación exhaustiva que tenga por objeto determinar si el hecho delictivo tuvo como base la orientación sexual o identidad de género, tanto real como percibida, de la víctima³⁸³.

La CIDH observó, además, ciertos elementos que podrían servir como

³⁷⁸ CIDH. Nota en la que se somete a la jurisdicción de la Corte IDH el caso no. 12.982 – Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú, de 22 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12982NdeRes.pdf>

³⁷⁹ CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018.

³⁸⁰ CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018.

³⁸¹ CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018.

³⁸² CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018, párr. 95.

³⁸³ CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018, párr. 96.

indicadores para determinar la existencia de un crimen por prejuicio, sobre todo si se reúnen dos o más de ellos al mismo tiempo. Los elementos, sin componer un listado exhaustivo, serían los siguientes: “i) declaraciones de la víctima o el alegado responsable de que el crimen estuvo motivado por prejuicios³⁸⁴”; “ii) la brutalidad del crimen y signos de ensañamiento³⁸⁵”; e “iii) insultos o comentarios realizados por el/los alegado/s responsable/s, que hacen referencia a la orientación sexual y/o identidad de género de la/s víctima/s³⁸⁶”.

Finalmente, la CIDH destacó que el estándar sentado por la Corte IDH en casos como “González y otras (Campo Algodonero) Vs. México³⁸⁷” resulta aplicable a los casos de violencia contra el colectivo LGTBI, toda vez que la investigación y esclarecimiento de hechos de “violencia o agresión presuntamente motivados por razón de género, y conforme al presente análisis, por prejuicio, deben considerarse especialmente las posibles ‘connotaciones discriminatorias’ que pudo motivar dicha violencia³⁸⁸”. De este modo, la CIDH recalcó que la violencia en contra del colectivo LGTBI es un tipo de violencia de género que se ve generada por la intención de castigar a quienes se entiende que van en contra de las normas de género en el marco de una sociedad que se caracteriza por su hetero y cisnormatividad³⁸⁹.

4. Conclusiones

Resulta innegable la alarmante situación de violencia que vive el colectivo LGTBI en América Latina. En efecto, a lo largo de estas páginas ha podido observarse que los espacios públicos continúan siendo una zona de riesgo para este grupo, donde sus integrantes son frecuentemente víctimas de delitos por prejuicio con base su la orientación sexual e identidad de género.

Si bien en el SIPDH fue forjándose un estándar a favor de los derechos del colectivo LGTBI, lo cierto es que todavía existen cuentas pendientes por resolver. Así,

³⁸⁴ CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018, párr. 97.

³⁸⁵ CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018, párr. 97.

³⁸⁶ CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018, párr. 97.

³⁸⁷ CORTE IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

³⁸⁸ CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018, párr. 98.

³⁸⁹ CIDH. Informe de Fondo No. 24/18. Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú. OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 28, de 24 de febrero de 2018, párr. 98.

a pesar de las bases sentadas por la Corte IDH en sus pronunciamientos, éstos han versado sólo sobre casos de discriminación y no de violencia, dejándose de lado un punto clave que expone la situación de constante violación de derechos que sufren las personas LGTBI.

Como de costumbre, la CIDH ha podido ir un poco más allá que la Corte IDH, desarrollando estándares específicos para las situaciones de violencia que sufre el colectivo LGTBI tanto a través de su Relatoría y sus informes, como con casos específicos a partir del sistema de peticiones. Dentro de estos casos, se halla el ya analizado “Azul Rojas Marín y otra respecto de la República del Perú” que fue elevado por la CIDH a la jurisdicción del tribunal interamericano el 22 de agosto de 2018.

Conforme lo señalado en el apartado anterior, este caso probablemente dé la oportunidad a la Corte IDH para que sienta un estándar jurisprudencial sobre la violencia ejercida contra el colectivo LGTBI. Resta esperar que dicho pronunciamiento no resulte excesivamente limitado a espacios como los recintos policiales – donde sucedieron los hechos en contra de Azul Rojas Marín –, pudiendo ser aplicables también a otros ámbitos como la vía pública. Ello resulta sumamente necesario al ser los espacios públicos donde generalmente se dan los delitos por prejuicio en contra de las personas LGTBI, lo cual les impide por completo el goce y ejercicio de sus derechos humanos más básicos y esenciales.

Democracia y Proceso Penal

Principios que inscriben el modelo y una teoría unificada

Di Giulio, Gabriel Hernán³⁹⁰

1. Introducción

En el presente trabajo expondré las relaciones entre democracia y proceso penal, identificadas desde las perspectivas ideológica, política y científica. Al abordar esta problemática se tornó necesario analizar el concepto *democracia* y su arquetipo y cotejarlos con la *república*. Al reconocerlos pude individualizar sus aspectos estructurales y metodológicos. Luego los relacioné con los que inscriben el *proceso penal*, y analicé los postulados ideológicos y fundamentos epistemológicos de los sistemas procesales.

En modo alguno pretendo proporcionar conclusiones completas. Apenas reconozco en estas ideas un atisbo de luz. Pero anhelo e intuyo, con la misma convicción, que se trata de tierra fértil para contribuir con la comprensión del mundo jurídico y favorecer el aporte de herramientas idóneas para construir una sociedad inclusiva, igualitaria y más justa.

2. Democracia y república

Los términos democracia y república integran el vocabulario usual de las ciencias políticas y jurídicas, pero no están exentos de equívocos por sus matices y sensibles variaciones.

En Atenas del siglo VI a.C. la *democracia* constituyó una forma de gobierno. Siguiendo a Heródoto significa poder (kratos) del pueblo (demos). En el pensamiento de los grandes filósofos de la antigüedad, las formas de gobierno se distinguen esencialmente por quién gobierna y se clasifican según sus bondades y vicios. Las hay puras e impuras.

³⁹⁰ Doctor en Derecho, Magister en Derecho Procesal. Especialista en Magistratura, por la Facultad de Derecho, UNR. Investigador del IEJUS, Facultad de Derecho, UNICEN. Prof. Titular por Concurso de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho, UNICEN.

Platón señala que las formas puras son tres: monarquía, aristocracia y república³⁹¹. Mientras que la democracia es asociada a una forma imperfecta de gobierno³⁹². Aristóteles coincide con la clasificación de formas puras e impuras. La república es, también para él, una forma pura. La *Politeia* (constitución) conforma la estructura de desenvolvimiento de las formas de gobierno puras; y de esta expresión deriva etimológicamente *politia*, término al que Aristóteles asignó el gobierno del pueblo en su versión perfecta³⁹³.

La democracia es concebida como forma pura por Polibio, revirtiendo su arquetipo y proporcionando una valoración que llegará hasta nuestros días³⁹⁴.

Roma se reconoció como república durante los años 509 a 27 a.C. Primero participaban sólo los patricios (aristócratas) y luego se sumaron los plebeyos.

Durante la edad media, la democracia perdió interés y actualidad. Los movimientos políticos y de poder se explican por sí mismos, el absolutismo y las relaciones entre iglesia y estado y el absolutismo monárquico, no dejaban espacio para las democracias. El interés se renueva con la ilustración y el despotismo ilustrado. Sin embargo, la *democracia* no logrará erigirse como baluarte de libertad de los pueblos. El epicentro político se define por el contrato social, y el contractualismo es una expresión genética del estado. La democracia aparece asociada, en general, a la forma directa y eso le vale críticas por su factibilidad en pueblos de considerable densidad poblacional. El propio Kant llegó a identificar el término con despotismo, asociación

³⁹¹ Para Platón la democracia es el gobierno de los pobres. En este estado se respira “libertad”, considerando que cada uno es dueño de hacer lo que le agrada. Pero implica no sometimiento y la inexistencia de deberes hacia lo público. Una suerte de anarquía selectiva o voluntaria. Se trata de un gobierno donde nadie manda y reina la igualdad perfecta. El hombre democrático “*reúne en sí toda clase de costumbres y de caracteres, tiene todo el placer y toda la variedad del estado popular: y no es extraño que tantas personas de uno y otro sexo encuentren tan encantador un género de vida, en el que aparecen reunidas todas las clases de gobiernos y de caracteres*” PLATÓN, *La República*, trad. y notas Patricio De Azcárate, Prólogo y presentación Francesc L. Cardora, España, Edicomunicación S.A., 1994, pág. 304.

³⁹² En el plano material, no desde su utopía.

³⁹³ V. BOBBIO, Norberto, *La Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político, Año académico 1975-1976*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, págs. 33 y ss. Aristóteles clasifica las constituciones (Politeia) a partir de dos criterios: quién gobierna y cómo gobierna. Quién, distingue entre monarquía, aristocracia y politia. Cómo gobierna, responde a la consideración axiológica de formas buenas o malas (en este último caso: la tiranía, oligarquía y democracia). El gobierno de muchos, valorativamente bueno, es la *politia* (poliarquía en la denominación de Robert Dahl). Explica Bobbio, comparando la oligarquía y la democracia, “*lo que distingue una forma de gobierno de otra no es el número, sino la condición social de quienes gobiernan, no un elemento cuantitativo sino uno cualitativo*”. BOBBIO, Norberto, *La Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, ob. cit., pág. 34 y ss. Si gobiernan los ricos, que son pocos, el régimen es oligárquico. Si gobiernan los pobres, que son numerosos, se trata de una democracia. La conjunción de gobierno de ricos y pobres se da, en Aristóteles, en la *politia*. Dos formas impuras conjugan en una pura.

³⁹⁴ “Polibio llama democracia a la tercera forma que Aristóteles llamó ‘politia’”. BOBBIO, Norberto, *La Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, ob. cit., pág. 45. Sin embargo, el criterio que utiliza para distinguir entre constituciones buenas y malas difiere del estagirita y se aproxima a las de Platón.

que puede identificarse también en las ideas de los constituyentes de Estado Unidos³⁹⁵. Montesquieu asoció a la democracia a una subespecie dentro de la república, junto con la aristocracia³⁹⁶. Mientras que Rousseau, considerado por muchos historiadores como el gestor del concepto moderno de *democracia*, defendió especialmente su forma directa, erigida sobre la idea de *soberanía* basada en el libre acuerdo de los ciudadanos, aunque de improbable consecución material (símil a la utopía platónica). Durante este lapso los estados no se reconocen como democracias, sino como monarquías o repúblicas.

El ideal de la Revolución Francesa, en general, fue republicano. Pero existieron expresiones pro - democracia, como la de Robespierre. El Federalista aborda la “república representativa” y cuestiona a la democracia, pero en su forma directa y en medida significativa por las razones ya expuestas³⁹⁷.

En consecuencia, los siglos XVIII y XIX centraron el debate en monarquías y repúblicas. A partir del siglo XIX, pero muy especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, luego de la segunda guerra mundial, las democracias son resignificadas y lograran asumir un rol protagónico en el escenario mundial y muy particular en Latinoamérica.

La democracia reconoce alcances y contenidos que conducen a expresiones sensiblemente diferentes. En su versión paleolítica se construye como una *forma de gobierno*, del mismo modo que la república. Se trata de una acepción minimalista que determina que el pueblo gobierna a través de la elección de las autoridades, que también provienen de aquél. También integra esa naturaleza la denominada *democracia procedimental*. El sistema electoral que comprende la postulación y la elección en cargos públicos se encuentra alcanzado por la democracia.

Sin embargo, existen versiones más intensas y desarrolladas de la palabra. Estas representan con mayor fidelidad el pulso de ideas que diversificó políticamente la acepción desde la segunda mitad del siglo pasado. Las democracias, desde estas versiones, ya no representaban una forma de gobierno sino el *sistema político* inserto en la sociedad. Además de las cualidades ya descritas, la *democracia finalista* requiere resultados de gestión gubernamental que mejoren la calidad de vida, bienestar, progreso y dignidad del pueblo; en la *democracia social*, la función dirigida al desarrollo de los derechos esenciales,

³⁹⁵ V. HAMILTON, Alexander -MADISON, James - JAY, John, *El Federalista*, Serie Clásicos del Pensamiento Político, trad. Daniel Blanch y Ramón Máiz Suárez, Madrid, Akal, 2015, págs. 61 y ss. En el texto Madison señala que la forma de gobierno preferente es la república. La democracia es concebida en su forma directa, es decir, no representativa. Yace en esta circunstancia la mayor implicancia de su apartamiento. HAMILTON, Alexander -MADISON, James - JAY, John, *El Federalista*, ob. cit. págs. 61 y ss.

³⁹⁶ MONTESQUIEU, Charles L., *Del espíritu de las leyes*, Libro II, Capítulos I y II, Buenos Aires, Libertador, 2004, págs. 16 y ss.

³⁹⁷ Expresión de James Madison. HAMILTON, Alexander -MADISON, James - JAY, John, *El Federalista*, ob. cit., pág. 66 y ss. V. también ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, España, Akal, 2007.

individuales y fundamentalmente los sociales, integra la expresión y concepto; y la *democracia social inclusiva* reclama la integración real y efectiva de las minorías, de los grupos vulnerables y de los pueblos originarios. Este último modelo se ha enriquecido con la lucha por los derechos humanos y, en el presente siglo, el nuevo paradigma en desarrollo generado por la perspectiva de género, con ruptura y deconstrucción de estructuras arcaicas³⁹⁸. En Latinoamérica las democracias han adquirido identidad propia y el primer desafío científico radica en su comprensión y explicación³⁹⁹.

El distingo entre forma de gobierno y sistema político es sustancial. La forma de gobierno yace en el estado, su genética es vertical (^{gobierno} – _{ciudadanos}). Se trata de una estructura de poder acuñada desde el gobierno. Por el contrario, el *sistema político* se entrama en la sociedad. Las democracias estructuran a la sociedad en la dialéctica y la lucha por la igualdad y se desenvuelven en forma horizontal, caracteres sintetizados en la idea de “pueblo”. El gobierno está concebido al servicio del pueblo (pueblo – _{gobierno}).⁴⁰⁰ La idea de “cargos” públicos es identificada con las cargas.

De modo que, en la actualidad, república y democracia constituyen expresiones desemejantes que se representan en distintas dimensiones. La república es una forma de gobierno y se estructura desde la idea de estado. La democracia constituye un sistema político cuyo desenvolvimiento se da en el entramado social. Se entiende entonces que sólo pueden ser republicanas las instituciones del gobierno (no un club, por ejemplo), pero las formas de vinculación social públicas o privadas (un club de barrio o una asociación civil) pueden ser democráticas.

Sentadas las diferencias entre democracia y república se colige fácilmente, y se verifica en el mundo contemporáneo, que existen repúblicas no democráticas, democracias no republicanas y repúblicas democráticas.

³⁹⁸ Ferrajoli señala las diferencias entre la democracia liberal (no en su versión original sino después de las injerencias ideológicas de la “derecha”, que la asocia al libre mercado el poder económico preeminente y a la voluntad de las mayorías, el poder político absoluto) y democracia constitucional (que inscribe el estado constitucional de derecho). En éste último caso la democracia “no se reduce ya simplemente a su dimensión política, que procede de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, y que condiciona la vigencia de las leyes, sino que comprende también una dimensión sustancial impuesta por los principios constitucionales y en particular por los derechos fundamentales, que vinculan de igual modo al contenido de las leyes, condicionando la validez sustancial de éstas a su garantías” FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 135. Agrega “`garantismo` y `estado de derecho` son paradigmas teóricos de carácter general que comportan un sistema de límites y vínculos para todos los poderes -no sólo para el poder judicial sino también para el legislativo y el ejecutivo, y no sólo para los poderes públicos sino también para los privados- en garantía de los derechos fundamentales de todos”. FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, ob. cit., pág. 142 y 143.

³⁹⁹ Para un estudio antropológico e histórico de la cultura latinoamericana v. DUSSEL, Enrique, *Hipótesis para el estudio de Latinoamérica en la historia universal*, Buenos Aires, Las Cuarenta, 2018; para un estudio filosófico v. DUSSEL, Enrique, *En búsqueda del sentido. Sobre el origen y desarrollo de una filosofía de la liberación*, Buenos Aires, Las Cuarenta, 2018. En especial la tras-modernidad cultural y la identidad del ser latinoamericano a partir de una *filosofía de la liberación*.

⁴⁰⁰ Salvo en versiones deformadas o demagogias, como explica FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, ob. cit., pág. 70.

Las características de las repúblicas democráticas son las siguientes:

- a) Son excluyentes de las monárquicas, las aristocráticas, las dictaduras y los regímenes totalitarios.
- b). El gobierno se estructura sobre la división de poderes.
- c). La soberanía reside en el pueblo.
- d). El estado está integrado por el pueblo y las autoridades son elegidas del y por el pueblo.
- e). Rige el imperio de la ley (sin reconocimiento de la legitimación especial del poder judicial por la democracia⁴⁰¹ se producirá una tensión con los indicado *infra* f).
- f). Las decisiones se adoptan por voluntad de las mayorías (posible tensión con *supra* e), mediante votación (democracia procedimental) o acuerdos (democracia consensual).
- g). Deben considerarse la opinión e intereses de las minorías y propender a su integración.

Nuestro régimen constitucional refleja la evolución reseñada con anterioridad en torno a la democracia y su incorporación al texto durante la segunda mitad del siglo XX.

La Constitución Nacional (1853/60) contiene disposiciones inopinadas sobre la instauración del régimen republicano de gobierno en el estado argentino, pero ninguna alusión a la palabra “democracia”. Su artículo 1º reza “*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución*”. El art. 5 dispone “*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones?*”. El art. 6 indica “*El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno...*”. Es especialmente significativo el art. 33 que enuncia “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”. Esta norma no se limita a relacionar la forma republicana de gobierno con las declaraciones, derechos y garantías implícitos, sino también el “principio de soberanía del pueblo” (enunciado propio de Rousseau). La frase señalada y el enlace de términos mediante la cópula “y” conducen a una interpretación que, en mi opinión, no reconoce

⁴⁰¹ FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Guzmán Nicolás (coord.), T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pág. 153 y ss. Explica “*En un sistema penal garantista el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer cierto lo que es falso o viceversa. Este nexo entre verdad y validez de los actos jurisdiccionales es, a mi parecer, el principal fundamento teórico de la división de poderes y de la interdependencia del Poder Judicial en el moderno estado de derecho*” FERRAJOLI, Luigi, *Estudios sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, ob. cit., pág. 160.

hesitación: la república no cobija el principio de soberanía del pueblo, de lo contrario hubiera bastado con su sola enunciación.

Otras disposiciones que aluden a la forma de gobierno son los arts. 10, 15, 20, 23, 33, 35, 61, 75 incs. 21 y 30, 118 y 120 y la cláusula transitoria duodécima incorporada por reforma de 1994⁴⁰².

La palabra democracia fue incluida con la reforma de 1949. Su corolario es el art. 14 bis (texto subsistente por la reforma constitucional de 1957)⁴⁰³. La reforma de 1994 introdujo decididamente el concepto político y social en sus arts. 36, 38 y 75 incs. 19 y 24. El art. 36 dispone “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos... Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere...*”.

Concluyo que nuestra constitución nacional arraiga *república y democracia* como dos expresiones que anidan en dimensiones diferentes. Su sistema político y social, que es el democrático, y la forma de gobierno, que es republicana. En este contexto, el gobierno se estructura bajo la forma republicana, a partir del principio del imperio de la ley, y comprende el funcionamiento de los poderes públicos, su división y los controles. El sistema democrático determina la legitimidad de los integrantes de los poderes públicos, de los actos de gobierno (desde los jurisdiccionales hasta los legislativos) y el cumplimiento de los propósitos que enlaza necesariamente su carácter constitucional: delimitar los poderes públicos para posibilitar el ejercicio de las libertades individuales (principios de reserva y legalidad), pero al mismo tiempo imponer la concreción de los derechos sociales, la igualdad, la inclusión, etc.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que es signatario nuestro país, y cuya jerarquía es constitucional, enraízan referencias sobre “democracia”, pero ninguno alude a “república”. Esta circunstancia es coherente con el propósito de los instrumentos internacionales. No se constituyen para normalizar *formas de gobierno* de los estados parte, sino para estandarizar derechos de las personas y su vigencia frente a los estados parte. La democracia constituye el paradigma para el ejercicio de las libertades y derechos, pero también para la inclusión social y la igualdad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948) dispone en su art. 29.2 “*En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática...*”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en

⁴⁰² Se ha tomado la numeración a partir de la reforma constitucional de 1994.

⁴⁰³ Referida a la organización sindical, que se garantiza libre y “democrática”.

Bogotá, 1948) prevé en su art. XXVIII. “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su Preámbulo “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, mientras que sus arts. 15, 16, 22 inc. 3, 29 y 32 se refieren a la *sociedad democrática*. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político en sus arts. 4, 8, 14, 21 y 22 también mencionada la *sociedad democrática*. Hace lo propio la Convención sobre los derechos del Niño en su art. 15.

3. República y proceso penal⁴⁰⁴

El proceso penal es un fenómeno jurídico determinado por dos dimensiones: la que se presenta en el plano de la realidad social (traducida como captación proyectiva y prospectiva en la norma)⁴⁰⁵ y la que impera desde el plano del deber ser (como imperativo

⁴⁰⁴ Las relaciones entre la forma de gobierno y proceso penal han merecido mucha tinta en doctrina. Desde la perspectiva del Derecho Procesal se ha asociado la mayor potestad judicial (mediante el incremento de facultades y deberes) con regímenes totalitarios y la consecuente vigencia del sistema inquisitivo. Por el contrario, se ha vinculado el sistema acusatorio con regímenes libertarios. En este sentido un meduloso e inquietante trabajo sobre Franz Klein, la Ordenanza Austro-Húngara de 1895 y Giuseppe Chiovenda: V. CIPRIANI, Franco, *En el Centenario del Reglamento de Klein*, trad. Adolfo Alvarado Velloso, Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales; disponible en: <http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2000>, extraído el 13/04/2019; con sentido crítico la obra colectiva MONTERO AROCA, Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología*, 3° ed., Buenos Aires, Astrea, 2016, donde podrán recabarse trabajos de Giovanni Verde, Franco Cipriani, Girolamo Monteleone, entre otros; igualmente: MONTERO AROCA, Juan, “La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad”, en Biblioteca de la Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, *Procesal Civil Comparado*, disponible en www.academiadederecho.com, extraído el 13/04/2019; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Astrea, 2015, pág. 46 y ss. y del mismo autor: *Garantismo procesal y activismo judicial*, Viña del Mar, Juris, 2006. En contra, también en un meduloso y analítico trabajo: TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Revista Ius et Praxis*, N° 2, Vol. 12, Talca, Universidad de Talca, 2006, pág. 451 a 482; en sentido similar JUNOY, Joan Picó I, “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, en *Proceso Civil e Ideología*, Montero Aroca Juan (coord.), Buenos Aires, Astrea, 2016, pág. 117 y ss. Existen expresiones provenientes del activismo procesal que, aunque de modo contrario a la corriente garantista, señalan un correlato entre democracia y poderes judiciales. v. SEDLACEK, Federico D., “El activismo del Juez desde un perfil político”, en *Nuevas Herramientas procesales*, Peyrano Jorge W. (direct.), Esperanza Silvia I y Pauletti Ana Clara (coord.), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013, pág. 71 y ss. En mi opinión, la relación es patente. v. mi estudio: “Historia del pensamiento procesal”, *Revista Jurídica del Centro*, N° 4, Azul, Facultad de Derecho, Unicen, 2013, pág. 3 y ss. Sin embargo, recientemente me he convencido de que el vínculo se cimenta más en el sistema político que en el régimen de gobierno. Más en la democracia que en la república. Si la democracia es constitucional el sistema acusatorio será connatural.

⁴⁰⁵ Considerando que la norma procesal es dinámica y describe *a priori* la conducta. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Astrea, 2015, pág. 39 y ss. Pero la conducta también es fuente de derecho procesal si media consentimiento de partes y no se afecta el orden público ni el sistema de competencias improrrogables del poder judicial.

que se traslada a la realidad social).

Se desenvuelve como fenómeno social, pero se inscribe (e interrelaciona) políticamente con la estructura del estado (forma de gobierno).

La relación entre proceso penal y república se resuelve en el marco de:

a) División de poderes, que se materializa con la separación de funciones y roles procesales.⁴⁰⁶ En este sentido las funciones de investigar/acusar y juzgar. Pero también determina la necesaria escisión de reglas/cualidades propias de la investigación, como lo es la objetividad, respecto del juzgamiento, como lo es la imparcialidad⁴⁰⁷.

b) La función judicial y el sistema de justicia se establecen como poder público. El control de las funciones del estado ejercidas por los otros poderes: como la vigencia y preservación de la constitución, la prelación normativa, los derechos, la legalidad y el ejercicio del poder punitivo.

c) Rige el imperio de la ley (en sentido lato “Derecho” y, en nuestro caso, de la constitución nacional en sentido estricto)⁴⁰⁸.

d) Quienes ejercen cargos públicos deben motivar sus decisiones y rendir cuentas de sus acciones, quedando sujetos a responsabilidad por sus actos. La motivación de las decisiones no puede prescindir de la exigencia de razonabilidad⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Es trillada la discusión sobre sistemas procesales y límites de los poderes judiciales (v. GOLDSCHMIDT, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Buenos Aires, Editora IB de F, 2016, pág. 70 y ss. Con mayor actualidad: PEYRANO, Jorge W., “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”, *La Ley* 2009-E, 785; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La sentencia autosatisfactiva”, *La Ley* 2009-D, 957; BERIZONCE, Roberto O., “Un “nuevo” tipo procesal sumario. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia”, *La Ley* 12/04/2011, 1.

⁴⁰⁷ La primera corresponde al plano epistemológico. La segunda al plano jurídico-político (sobre el particular v. mi trabajo: “Hipótesis y objetividad en la investigación Penal. Síntesis e imparcialidad en el juicio”, en *Derecho Procesal Contemporáneo. Confirmación Procesal II*, Alvarado Velloso, Adolfo y Zorzoli, Oscar A. (direct.), Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 88 y ss.; de modo equivalente, como categorías filosófica y política, respectivamente, v. BUNGE, Mario, *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999, pág. 9.

⁴⁰⁸ El garantismo de Luigi Ferrajoli se cimenta en la supremacía del estado constitucional de derecho en el que las garantías delimitan el poder público para la concreción de las libertades fundamentales. Su fundamento tanto político como filosófico se encuentra en la democracia como expresión de su legitimación -como sistema de protección de derechos (garantía primaria) o de concreción de derechos (garantía secundaria)- y como modelo performativo para el bienestar, libertad y derechos de los seres humanos. El estado constitucional de derecho y la democracia constitucional delimitan los poderes del gobierno. Ese orden coincide con la regla que cimenta el art. 19 CN, que terna asimétricamente entre reserva y legalidad. FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, ob. cit., pág. 153 y ss.).

⁴⁰⁹ La razonabilidad ha sido tratada desde antiguo. v. LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía constitucional innominada*, 2º ed. actualizada, 4º reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2015. La razonabilidad, por supuesto, compele a la hermenéutica. v. VIGO, Rodolfo L., “De la interpretación. De la ley a la argumentación. Desde la constitución: realidad, teorías y valoración”, *Dikaion*, N° 21, Vol. 1, Chía, Colombia, Universidad La Sabana, 2012, pág. 187 a 227.

La razonabilidad constituye un estándar de ponderación de las decisiones e integra, con la formalidad,⁴¹⁰ la legalidad de los actos⁴¹¹.

4. Democracia y proceso penal

La democracia presenta las siguientes relaciones con el proceso penal:

a) Legitimación del sistema de justicia⁴¹². El problema de la legitimación es arquetípico de las democracias. Presenta diferentes versiones según se aborde el origen o acceso a la magistratura o la función jurisdiccional. Sobre su origen existen debates sobre la conveniencia, necesidad o incluso inconveniencia de la elección popular de los jueces. Los modelos de selección pueden erigirse por designación política (como los ministros de la Corte Suprema), por mecanismos híbridos (como la selección del resto de los jueces, a partir del concurso público ante el Consejo de la Magistratura y la selección política de uno de los integrantes de la terna) y el voto popular⁴¹³. En el segundo orden, función jurisdiccional, los juristas suelen identificar los problemas de legitimación con las funciones de garantía y preservación del orden constitucional, estado de derecho y de la democracia misma⁴¹⁴. Desde la perspectiva finalista puede reclamarse eficacia en la resolución de conflictos y concreción de derechos vulnerados,⁴¹⁵ así como la búsqueda de la verdad jurídica⁴¹⁶.

⁴¹⁰ Formalidad implica que las autoridades son designadas siguiendo los procedimientos y mecanismos legales y las decisiones se pronuncian siguiendo los procedimientos y con los modos de proceder exigidos.

⁴¹¹ La democracia, en cualquiera de sus versiones modernas impone otras condiciones para la legalidad, como trataré de explicar más adelante.

⁴¹² FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, ob. cit., pág. 158 y 159. El renombrado jurista advierte una legitimación formal, medida del principio de legalidad y de la sujeción del juez a la ley, y una legitimación sustancial, derivada de la función tutiva de derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta expresión también se explica desde otro lugar. v. NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 5º reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2017, pág. 692 y ss.

⁴¹³ Luigi Ferrajoli critica esta posibilidad. Sus fundamentos pueden encontrarse en *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, ob. cit., pág. 159.

⁴¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, ob. cit., pág. 158.

⁴¹⁵ Recientemente me he percatado de la insuficiencia del sintagma “resolución de conflictos” para explicar la razón de ser del proceso. En ciertos casos -cada vez de mayor recurrencia dado el acrecentamiento de la complejidad social, cultural y tecnológica y el paralelo crecimiento de la desigualdad social- el proceso encuentra su razón de ser en el reconocimiento, concreción o efectividad de derechos negados. Y si bien esa situación abriga un conflicto intersubjetivo (por la resistencia o negación del derecho) la vulnerabilidad instalada en ciertas personas, determina que el estadio inicial es *pre-conflicto* desde que ni siquiera existe posibilidad, para quien ha sido marginado de la sociedad y del derecho, de articular una “pretensión”. En tales casos, es la sociedad o sus organizaciones civiles, o incluso el estado, quienes deben sustituir a la persona vulnerada en el ejercicio de la acción.

⁴¹⁶ La verdad jurídica, que no se debe identificar con un concepto absoluto de verdad filosófica o científica

b) Participación popular. El juicio por jurados constituye un mecanismo de participación popular directa en la función judicial; de modo equivalente, los tribunales escabinados (v.gr. el fuero penal en la provincia de Córdoba). También lo constituyen el *amicus curiae* y la admisión como querellantes de organismos de protección y defensa de los Derechos Humanos, organizaciones no gubernamentales con fines sociales y otras instituciones o asociaciones civiles.

c) Acceso a los cargos y empleos públicos. Independientemente de la forma de designación de los jueces, la democracia impone la observancia de los principios de igualdad -sobre la pauta de idoneidad- y transparencia para la cobertura de los cargos y empleos públicos. Reclama concursos públicos para la selección o la conformación de ternas vinculantes y la adopción de políticas de inclusión por género y discapacidad en forma efectiva para la cobertura inclusiva e igualitaria de los mismos.

d) Estructura organizacional y funcional del poder judicial. Exige una verdadera deconstrucción de los modelos arcaicos del siglo XIX, aún imperantes. Debe desecharse la estructura jerárquica de corte militarizado y verticalista y trocarse por un sistema horizontal con jerarquía estrictamente funcional, división de tareas, coordinación y cooperación. El proceso democrático exige abocamiento para mejorar la calidad laboral, el respeto por el otro, la cooperación, eficiencia, ejemplaridad y capacitación. Requiere una estricta observancia y capacitación en materia de género, niñez y adolescencia. Y su implementación en la gestión judicial, con producción directa en la atención al público y en el trato de las personas sometidas o vinculadas al proceso (víctimas, imputados y testigos). Demanda una renovada funcionalidad bajo la idea de “servicio público esencial” para la protección de los derechos humanos⁴¹⁷.

e) Capacitación de la Magistratura. Se trata de una condición tanto previa al acceso a la magistratura como posterior y permanente. Comprende la gestión judicial, la interacción públicas e institucionales, las relaciones humanas y las áreas del derecho en ejercicio.

5. Relaciones multidimensionales entre democracia, república y proceso

es un reclamo funcional de la democracia. La función legitimante del sistema de justicia también se enlaza con la reconstrucción histórica de hechos criminales, en especial los de lesa humanidad, su juzgamiento y punición como meta política y social del pueblo y de la construcción (o reconstrucción) convivencial. Las sentencias de los tribunales de justicia, sin embargo, no deben estar motivadas por el deseo o anhelo de las mayorías, ni por lo que éstas consideren conveniente, sino por la aplicación del derecho en el marco de la verdad jurídica. Esta función legitimante determina una clara variación en el funcionamiento de la democracia en relación a la legitimación para el dictado de las leyes o la ejecución y administración del país FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, ob. cit., págs. 159 y 160.

⁴¹⁷ Cualidad que se aparta de la exigencia republicana que se ciñe a la estructura de poder público.

Desde la estructura política de la sociedad (democracia) o la forma de gobierno (república) -la primera en tanto democracia constitucional y la segunda como república democrática-, existen vinculaciones con los principios de reserva y de legalidad. Son multidimensionales por sus fuentes y derivaciones, pero convergen en la relación de Derecho entre individuo y el estado.

Se materializan mediante:

- a) la constitución de garantías judiciales para la protección de los derechos y como prohibición de los excesos en el ejercicio del poder público (garantía primaria) y para su restablecimiento (garantía secundaria)⁴¹⁹.
- b) El estado de inocencia.
- c) La intervención de los abogados como baluarte del estado constitucional de derecho.
- d) La publicidad de los actos.

6. Consideraciones epistemológicas del proceso penal democrático⁴²⁰

El sistema acusatorio es una expresión epistemológica de la democracia. Su metodología proviene de la dialéctica, diálogo o debate. Y la estructura, hilvanada con el método, se constituye con la función de equiparación jurídica para concretar la igualdad de los contendientes, la imparcialidad judicial, para que la equiparación y preservación de la igualdad se inscriban en el marco efectivo y sustancial (y no meramente formal).⁴²¹

La publicidad (que se vincula también con la república) se expresa como participación ciudadana, a través del ejercicio del derecho de opinión sobre los asuntos judiciales y su escrutinio público.

La episteme de la democracia involucra la eficacia de los procedimientos cuyo alcance debe buscarse en los ideales del estado constitucional de derecho.

El proceso penal no se debe erigir como un instrumento de control social o persecución política, social, racial, etc. Su función es la resolución eficaz de conflictos. El poder punitivo se corresponde estrictamente con la aplicación de la ley penal, de acuerdo

⁴¹⁸ En el Derecho articulan de arriba hacia abajo.

⁴¹⁹ Clasificación de Ferrajoli, que sigo especialmente.

⁴²⁰ En el Derecho articulan de abajo hacia arriba.

⁴²¹ A partir de la consideración epistemológica que relaciona democracia y proceso penal soy de la opinión de que el principio de igualdad procesal (integrado por la equiparación jurídica frente a la imperante y grave desigualdad social de nuestro pueblo) es previa a la imparcialidad. Era de la idea contraria por el valor ínsito de la imparcialidad. Sin embargo, la democracia proporciona un elemento alternativo y trascendente: la metodología dialéctica como eje de convivencia social. La igualdad jurídica es su presupuesto ineludible. Por ende, es el primero.

con los derechos fundamentales y en el marco estricto de las garantías constitucionales que tutelan a las personas involucradas (imputado y víctima) y delimitan su ejercicio.

A la víctima debe garantizársele el derecho de intervenir como parte (al menos coadyuvante) en todo el proceso penal.

La defensa pública obligatoria o la asistencia gratuita e imperativa de los abogados es una condición de la democrática en el proceso penal, que materializa el derecho fundamental de la defensa, la garantía de su inviolabilidad y la equiparación jurídica. En sentido equivalente, la protección pública de los intereses de la víctima reclama una amplia protección a través de órganos específicos (como el Ministerio Público Fiscal).

Supone también:

a) Estándares objetivos, concretos y de estricta excepción para la privación de libertad cautelar (prisiones preventivas).

b) Respeto estricto y sustancial de los derechos humanos y tutela especial y efectiva frente a situaciones de vulnerabilidad: niños, niñas y adolescentes vinculados a enjuiciamiento penal o como víctimas, personas en situación de abandono, o con limitaciones en su capacidad, enfermas, víctimas de trata de personas, violencia de género o extranjeros.

c) Acciones directas con carácter de políticas públicas para los organismos auxiliares (oficinas periciales y científicas, de asistencia a las víctimas, etc.), articulados y eficientes para la protección de los derechos humanos.

d) Reglas propedéuticas de la ética periodística y la clara demarcación entre información judicial y la opinión.

e) El cumplimiento de los estándares para la ejecución de una pena restrictiva de libertad o encierro cautelar.

f) Políticas públicas directas y efectivas para la exclusión de los condicionamientos sociales, económicos, culturales o de cualquier otra índole que marginan a las personas, llegando a colocarlas en estado de vulnerabilidad y riesgo, y en ciertos casos incrementan las conductas ilícitas. Dichas políticas deben promover también acciones sociales preventivas y educativas, medidas alternativas vinculadas a la composición de conflictos y sanciones alternativas a la prisión, considerando que el sistema represivo es la *última ratio* en el marco de un Derecho Penal democrático (principio de mínima intervención).

7. A modo de conclusión

En este acotado espacio he procurado presentar la interacción de dimensiones que arraigan la intimidad del vínculo entre las personas y el estado. ¿Cuánto de libertad se

dispone en pos de la comunidad y del otro?. Todo sistema social se expresa en términos de relaciones políticas y jurídicas entre individuo y estado.

El proceso penal presenta un dilema vital: es garantía o instrumento. Los términos del dilema son excluyentes. El proceso penal como instrumento está al servicio de quien ejerce el poder público. Su versión instrumental posibilita que su empleo se sustente argumentalmente en valores mayúsculos, pudiendo *justificar* el menoscabo de derechos fundamentales. La historia ha dado muestras de que el proceso instrumental es una herramienta casi siempre infalible de persecución y sojuzgamiento. Una expresión claramente antidemocrática.

Por el contrario, el proceso penal como garantía limita el ejercicio del poder público. No promueve obturar la función legítima del gobierno, sino preservar que ese ejercicio se inscriba siempre en la legalidad y legitimidad democrática.

El sistema acusatorio contiene los principios y valores que hacen posible un proceso penal democrático, con el alcance delineado en este opúsculo.

Consideraciones sobre el empleo público

Lapenta, Eduardo Víctor⁴²²

Sabalua, Francisco Mariano⁴²³

1. Dimensión institucional del Empleo Público

1.1 Carrera administrativa y estabilidad del empleado público

Bajo la denominación de *carrera administrativa y estabilidad del empleado público*, se suele aludir a un conjunto de derechos que le asisten a los agentes del estado, y a sus mecanismos de protección. En dirección contraria podemos referirnos a la *precarización en el empleo público*, como aquellos mecanismos jurídicos y fácticos utilizados por los gobernantes, para imponer su voluntad de modo ilegítimo, vulnerando esos derechos.

Paradójicamente, lo que se enuncia como «derechos» presuntamente individuales, que incluso a veces son mentados como «privilegios» por contraposición con la relación laboral privada, tienen otra dimensión de análisis que resulta relevante. En efecto, en el empleo público existen dos dimensiones a considerar: a) una individual del agente a quién se protege contra la posible arbitrariedad del gobernante; y, b) otra institucional⁴²⁴

⁴²² Abogado, Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral) y Especialista en Derecho Penal (Universidad del Salvador), Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, UNICEN.

⁴²³ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Doctorando de la Facultad de Derecho, UNR, Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, UNICEN.

⁴²⁴ En autos “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, CSJN, 2007 considerando 6º «...podría sumarse un sujeto y un objeto a los dos que han sido indicados antes como tenidos en cuenta por el constituyente de 1957: el Estado, y el normal y eficiente funcionamiento de sus instituciones. Las razones expresadas en esa oportunidad, que ya han sido reseñadas, indican que el propósito deliberado de los hombres y mujeres reunidos en Santa Fe, consistió en poner a los servidores del Estado al abrigo de la discrecionalidad de las autoridades de turno y de los vaivenes de la vida política. Pero no fue asunto exclusivo tutelar la dignidad del agente público frente a dichas situaciones, sino, también, tributar a -8- la realización de los fines para los cuales existen las instituciones en las que aquéllos prestan sus servicios. Fue visto, y con razón, que las mencionadas circunstancias y sus negativos resultados

que procura preservar la eficacia de los principios republicanos y la calidad de la democracia.⁴²⁵

Desde la perspectiva individual, la dignidad del trabajador público es relevante. Urge siempre la plena vigencia del derecho social del trabajo: condiciones dignas y equitativas de trabajo, no discriminación, salario digno y justo, etc., derechos que se afectan gravemente si desconocemos alguna protección a la permanencia del vínculo laboral⁴²⁶, pues el trabajador se verá disuadido de cualquier reclamo si puede ser despedido sin reparación alguna, y costo para el empleador. Si se reconoce un ámbito de discrecionalidad al gobernante para despedir injustificadamente al agente público, entonces éste trabajador (sumado su propia hiposuficiencia negocial y reclamacional⁴²⁷) verá absolutamente obstaculizada la defensa de sus otros derechos laborales. Sería el fin del derecho laboral en las relaciones de empleo público⁴²⁸.

Desde la perspectiva institucional, hay que considerar no solo la legitimidad y eficacia en el desempeño en la función pública, sino especialmente, el privilegio de la autotutela –presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos–, que obliga al afectado a promover demanda judicial en cada caso. De allí que resulta clave, que los empleados públicos tengan un grado significativo de imparcialidad e independencia, para que cumpla la ley aun contradiciendo la voluntad del gobernante de turno.

Para ello es necesario cuidar el mecanismo de ingreso, y luego dotarlo de derechos a la carrera administrativa y estabilidad en el cargo, para protegerlo de las posibles represalias por no cumplir ordenes desviadas. De lo contrario se produce un deterioro de la calidad en la función pública, en desmedro de las políticas públicas o los derechos humanos de los habitantes, que se agrava más aun considerando que no es habitual los monitoreos de rendimiento de la gestión en la Administración pública⁴²⁹. Su

no conducían a otro puerto que al deterioro de la función pública con notorio perjuicio de quienes son sus destinatarios: los administrados...»

⁴²⁵ O'Donnell Guillermo, “Hacia un Estado de y para la democracia”, en *Democracia /Estado/ Ciudadanía Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina- Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD*, 2007

https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHSeguridad/12_2010/be846c2a-a0e6-44d0-9fae-5d9d637df9ff.pdf (24/6/2019)

⁴²⁶ V. ELÍAS, Jorge ELÍAS, Jorge, “Hiposuficiencia reclamacional: un nuevo desafío para el derecho del trabajo”, en *Doctrina del Trabajo 2011*, (diciembre), p. 3196.

⁴²⁷ V. SIROUNIAN, Mónica, “Hiposuficiencia negocial y de reclamación del trabajador: su injerencia en la falta o deficiencia de la registración del vínculo laboral”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Año I, N° 3. Ediciones Infojus, p. 81.

⁴²⁸ V. JUSTO, Juan B., “La estabilidad en el empleo público. Cincuenta años de reconfiguración de fuerzas en la división de poderes”, pub. en *LA LEY Sup. Adm.* 2013 (febrero), p. 19, o en *LA LEY* 2013-B, p. 677.

⁴²⁹ V. OSZLAK, Oscar, “La Profesionalización del Servicio Civil en América Latina: Impactos sobre el Proceso de Democratización”, *Trabajo elaborado en el marco del Proyecto OEAP-PNUD, La Democracia de ciudadanía: una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina*. Noviembre 2009: p. 96; ISBN 978-0-8270-5387-8, pub en internet en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpadm/>

desconocimiento importa el riesgo de la distorsión del sistema de mérito y la consagración en la práctica del sistema de botín y un esquema de clientelismo político.

El empleado público, en todas sus jerarquías⁴³⁰, requiere cierto grado de autonomía para que su actuación cotidiana se enmarque en la legalidad, igualdad y eficacia, evitando ser sometido a la voluntad del superior jerárquico en decisiones irregulares o desviadas.

Si bien rige la jerarquía en el ámbito administrativo, el agente solo está obligado a cumplir las órdenes legítimas, porque en la república existe la igualdad ante la ley de gobernantes y gobernados, y la orden —y correlato de obediencia— no debe ser un campo propicio para hacer cumplir lo ilegítimo.

Para asegurar el funcionamiento administrativo, las normas estatutarias establecen que el agente puede cuestionar la orden del superior, advirtiéndole la posible infracción que podría significar el cumplimiento, y otorga al superior el derecho de insistir por escrito⁴³¹, en cuyo caso la orden se cumplirá, aunque la responsabilidad recaerá exclusivamente sobre aquel.

Esto último explica que, el superior jerárquico muchas veces ejerza presión para forzar la decisión irregular del inferior, en lugar de insistir por escrito asumiendo que conlleva dejarlo en evidencia, además de asumir la responsabilidad plena. Algo similar ocurre con los dictámenes legales y técnicos, de los cuales podría apartarse, pero el gobernante preferirá presionar para que sean acordes con su voluntad, o para procurar otro contrapuesto. Precisamente, ese esfuerzo para someter o soslayar la actuación del inferior revela conciencia de la infracción, y evidencia la intención de eludir posibles responsabilidades a título personal.

El empleado público, en sus distintas jerarquías, resulta así un garante del principio de igualdad ante la ley, cuestión que se complejiza cuando advertimos que en el actual estado, ello refiere muy especialmente a la implementación de las políticas públicas, y la efectivización de los derechos —positivos— que requieren una actividad de la administración, en especial los sociales, económicos y culturales, cuyo cumplimiento está sometido al principio de progresividad. También es un garante de la transparencia de la motivación y decisiones administrativas que se adoptan.

La actuación positiva para asegurar los derechos de quienes la precisan, requiere de pautas claras que expresen el estado de progresividad exigible, aseguren la legalidad e igualdad de trato, que deben instrumentar los agentes públicos. Y ello no puede quedar

unpan040085.pdf. Obtenido el 13 de septiembre de 2014.

⁴³⁰ Por ejemplo, un chofer se opondrá a transgredir las normas de tránsito, preservando la integridad personal de terceros.

⁴³¹ Ley prov. Buenos Aires 10.430 art. 78. “Deberes... Cuestionada una orden dada por el superior jerárquico, advertirá por escrito al mismo sobre toda posible infracción que pueda acarrear su cumplimiento. Si el superior insiste por escrito, la orden se cumplirá...”.

librado a la casuística impuesta por la voluntad del gobernante de turno, sin transformar derechos en dádivas⁴³².

En cierto modo puede sostenerse que existen un *continuum* con formas de autonomía creciente, que comienzan con el empleado público, prosiguen con los funcionarios administrativos con formas especiales de nombramiento o remoción, para culminar con las garantías para la independencia de los magistrados judiciales.

1.2 Diferencias entre el Empleo Público y el Empleo Privado

Podríamos pensar que la precarización en el empleo público, es análoga a la que ocurre en el ámbito privado, adonde el empleador tiene poder ilimitado para despedir a su empleado, pagando una indemnización tasada. Cabe sin embargo destacar que, según antigüedad del empleado la indemnización puede ser un obstáculo casi insalvable para empleadores de menores recursos.

Solo hacen excepción la protección sindical y la doctrina de *despido arbitrario* por supuestos de discriminación indebida⁴³³. Extrañamente esa doctrina no tiene recepción en materia de empleo público, adonde la discriminación por ideas y militancia política, explica la mayor parte de las decisiones ilegítimas que afectan la carrera administrativa y derecho a la estabilidad.

Precisamente, los gobernantes han impulsado la sujeción de los agentes públicos al régimen de empleo privado, alegando la modernización o flexibilidad laboral, que tuvo reacción judicial en el precedente «Madorran», CSJN 2007, sentencia que lo declaró incompatible con la garantía constitucional.

Es importante destacar que en la relación de empleo privada no existe la dimensión institucional, aunque existen claroscuros en entidades de derecho público no estatal, como el INSSJYP (PAMI) o los Colegios y Cajas profesionales, entre otros.

Pero no es esta la única cuestión, porque la empresa privada tiene límites que le imponen la economía y los mercados. Por una parte, no puede contratar personal indefinidamente, por otra, la sustitución o persecución de empleados idóneos podría afectar su competitividad.

En el ámbito estatal, ausente esos límites, solo puede esperarse que el control de gestión lo supla. Sin embargo, el deterioro constante de las condiciones de mínima autonomía de los agentes públicos que revisan en la carrera administrativa, tiene su

⁴³² Por ejemplo, todas las administraciones otorgan prestaciones en materia de vivienda, pero resulta imposible conocer el estadio de progresividad de los precedentes administrativo, para exigirlo como derecho: ¿le corresponde a la jefa de hogar desocupada con tres hijos, uno discapacitado? ¿y con dos hijos? Se transforma en la dádiva que el gobernante direcciona según su interés, y la estructura burocrática obediente, legitima formalmente cualquier decisión, aún la más desviada.

⁴³³ Ver por ejemplo, SCBA “Sffaeir, Carolina contra Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada (CECH). Despido” 8/8/2012.

correlato en el debilitamiento del control interno, e incluso, de los propios órganos externos de contralor⁴³⁴.

La multiplicación de la cantidad de agentes públicos y, dentro de ella, la constante ampliación de la planta de funcionarios sin estabilidad que solapan con cargos de planta, revelan que, ni la aprobación legislativa del presupuesto, ni la «idoneidad» requerida constitucionalmente, son límites equivalentes a los que existen en el ámbito privado. Tampoco lo es la eventual indemnización en un proceso judicial que, en razón del tiempo que insume, será abonada con fondos públicos por la siguiente gestión.

2. Ingreso y estabilidad en el Empleo Público

2.1 Introducción

La estabilidad laboral del empleado público implica el derecho a no ser privado o separado del cargo, salvo por motivos o por las causas legalmente previstas.

Su debate se enmarca en la cuestión de la institucionalización del sistema de mérito, que prevé entre otras instituciones, el ingreso por idoneidad, la estabilidad en el cargo, el ascenso por concurso y el derecho a la carrera administrativa.

El ingreso a la función pública está regulado por el art. 16 de la Constitución Nacional. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.

Una vez ingresado, el cese por causas ajenas a la voluntad del agente, debe reunir los elementos esenciales del acto administrativo, lo que debiera impedir la posibilidad de un cese arbitrario, toda vez que la desvinculación sin causa no podría contener una motivación legítima⁴³⁵.

Sin embargo, durante muchos años se aplicó el «*sistema del botín electoral*», merced al cual cada gobernante despedía a los empleados públicos designados por la gestión anterior, y procedía a incorporar los de su propia facción.

Ello explica, por una parte, la garantía de estabilidad que se añadió en el art. 14 bis de la Constitución Nacional *«protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado*

⁴³⁴ O' DONNELL Guillermo, "Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política", *Revista Española de Ciencia Política*. Núm. 11, Octubre 2004, pp. 11-31.

⁴³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, "La prohibición de arbitrariedad y el control de discrecionalidad administrativa por el poder judicial" «... *El concepto de "arbitrariedad" (tal como lo define el Diccionario de la Real Academia) corresponde al de "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho". En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad. Aunque el proceder discrecional pueda ser arbitrario. 1 como "ley del encaje", cuya traducción figura en antiguos diccionarios franceses, como "la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza". En suma, el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario5, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad...*» [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/ La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf) (25/6/2019).

público» para impedir el cese incausado, y a la vez, la incorporación de concursos para acceder al cargo público en los distintos estatutos nacionales, provinciales y municipales.

De este modo se pretendía asegurar la imposibilidad de direccionar el ingreso, y una vez designadas, evitar el cese arbitrario. Podemos entonces mencionar a este como «*sistema de mérito*» porque el ingreso, permanencia, ascensos y cese dependerán solo de la capacidad, corrección y esfuerzo del agente.

Cabe advertir que la idoneidad requerida por la Constitución Nacional no exige el concurso, y de allí que la Ley 26.861 de Ingreso democrático e igualitario de personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación, fuera recientemente declarada constitucional por la CSJN, al analizar el Reglamento instrumentado por el Ministerio Público para implementarla en su ámbito, con sorteo público entre los candidatos declarados idóneos.

Ocurre que el sorteo es un instrumento incluso más adecuado que el concurso, para asegurar la designación objetiva e igualitaria, excluyendo la voluntad del gobernante⁴³⁶.

De lo expresado surge que el sistema que denominamos *de mérito*, que integra el ingreso en forma objetiva, la estabilidad en el cargo, y la carrera administrativa, tiene una finalidad de interés general, porque el empleado público tiene un rol clave en la legalidad, igualdad de trato y eficacia en el accionar administrativo.

2.2 La estabilidad laboral del empleado público en Argentina

En nuestro país a partir de 1853, al surgir nuestra organización constitucional, regía en Argentina –al igual que en otros países– el llamado “*sistema de botín electoral*”, careciendo los agentes de estabilidad⁴³⁷, y el gobierno se valía únicamente de funcionarios que eran afines políticamente a su facción⁴³⁸. Así, el art. 86, inc. 10 de la Constitución de 1853 disponía que el Presidente de la Nación “*por sí solo nombra y remueve...*” a los funcionarios administrativos “*...cuyo nombramiento no está reglado de otra manera por esta Constitución*”⁴³⁹, aplicando la discrecionalidad que, al soslayar toda posibilidad de concurrencia en la

⁴³⁶ En el concurso puede incidir en sentido disvalioso la composición del jurado, usualmente designado por la propia autoridad administrativa, la «filtración» de los temas de oposición, la valoración de los antecedentes, etcétera. Además, caben los reparos respecto a la posible exclusión de quienes han tenido menor oportunidades previas, por composición del hogar, limitaciones económicas y tramos educativos adversos.

⁴³⁷ V. DEFELIPPE, Oscar E., “Estabilidad laboral del docente universitario”, en “*Doctrina del Trabajo*”, pub. en: DT 2012 (noviembre), p. 2895.

⁴³⁸ V. GUSMÁN, Alfredo Silverio, “La potestad revocatoria de la Administración en el contrato de empleo público”, en *La Ley de Córdoba*, 2003 (septiembre), 934.

⁴³⁹ V. GUIBOURG, Ricardo A., “Observaciones sobre el empleo público”, en *Doctrina del Trabajo*, 1994-B, 1107.

elección de otros posibles aspirantes con idoneidad, vulnera el principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional), y consagra una forma de arbitrariedad⁴⁴⁰. Más aún cuando la remoción se realizaba sin motivación razonable.

Revelándose ello injusto e inconveniente porque: a) los empleados públicos estaban a merced de la arbitrariedad de los gobernantes, pues la discrecionalidad en los nombramientos y en las cesantías hacía peligrar su permanencia en el cargo aun cuando se desempeñaran eficientemente, favoreciéndose así la politiquería o el favoritismo; y b) se deterioraba la eficacia y la legitimidad del obrar administrativo, pues se debilitaba la independencia del agente frente al gobernante de turno y de esta forma se dificultaba su sujeción a la ley, en tanto se favorecía al agente “complaciente” antes que al eficaz y leal a la ley⁴⁴¹.

Con la introducción del art. 14 bis a partir de la reforma constitucional de 1957 – mucho más tarde que en EE.UU donde el “spoils system” fue superado a partir de la creación de la Civil Service Commission en 1883 por la sanción de la Pendleton Act⁴⁴²– se consagró la mentada estabilidad, al decir entre otras cosas que “*el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador... estabilidad del empleado público*”, receptándose así la estabilidad propia⁴⁴³ para el empleado público; pues –tal lo explicitaron algunos convencionales constituyentes⁴⁴⁴– sería redundante reconocer a todos los trabajadores “*la protección contra el despido arbitrario*” y luego especificar respecto de los empleados públicos su “*estabilidad*”, de lo que surge que la norma previó un contenido diferente con relación a la estabilidad de ésta clase de empleados.

2.3 La estabilidad del empleado público en la doctrina de los autores

La doctrina laboral y administrativa distinguen entre a) la estabilidad propia o absoluta, caracterizada porque veda la posibilidad del despido arbitrario. Es decir, el empleador podrá despedir a su empleado si éste ha incurrido en la comisión de hechos graves, previamente caracterizados por la ley y autorizados por la misma, para interrumpir

⁴⁴⁰ En el sentido de “sustituir la voluntad de la ley por la personal del funcionario” (Cfr. LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Tº I, Astrea, Buenos Aires, 2005).

⁴⁴¹ V. FIORINI, Bartolomé, “La estabilidad, garantía de derecho público”, revista *Derecho del Trabajo*, julio de 1965, p. 352 y ss.

⁴⁴² V. BASTONS, Jorge L., “Se consolida la estabilidad propia de los empleados públicos a cincuenta años de la sanción del artículo 14 bis de la Constitución Nacional”, en *LA LEY* 15/06/2007, 15/06/2007, o *LA LEY*, 2007-C, 655.

⁴⁴³ V. DE LA FUENTE, Horacio H., “Estabilidad del empleado público. Situación del personal contratado”, en *LA LEY*, 2001-D, 911.

⁴⁴⁴ V. ABERASTURY, Pedro, “La estabilidad del agente público”, en *Revista de Derecho Público*, Empleo Público-I, 1º ed., Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2012, pp. 197.

definitivamente la relación laboral; y b) la estabilidad impropia o relativa que permite el despido sea éste por justa causa o inmotivado, o sea, no imputable al trabajador. En este último caso, el empleador debe indemnizar al trabajador⁴⁴⁵.

Los administrativistas⁴⁴⁶ respecto de la estabilidad del agente se dividen entre a) quienes defienden el criterio de su estabilidad relativa (Escola, Marienhoff y Diez, entre otros), que niegan la estabilidad absoluta basándose en el principio de que no existen derechos absolutos⁴⁴⁷; y b) quienes interpretan dicha garantía como absoluta⁴⁴⁸ (Fiorini⁴⁴⁹, Comadira, Balbín, y García Pullés, entre otros), pues la entienden principalmente en beneficio –además del agente– de la función como un seguro de la idoneidad, que establece el art. 16 CN. Por su parte, tanto la doctrina laboral como la constitucional⁴⁵⁰ se pronunciaron siempre en favor de la estabilidad laboral (o propia) del empleado público.

2.4 La estabilidad del empleado público en la normativa nacional

Actualmente en el ámbito nacional, la estabilidad se encuentra regulada- tal como lo hacían el decreto ley nacional 6666 /57⁴⁵¹ (de influencia en las provincias) y la ley nacional 22140/80 (con la salvedad significó la aplicación de las sucesivas leyes de prescindibilidad dictadas desde 1959)⁴⁵²- en los arts. 16 y 17 de la ley 25164, Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, reglamentada por el decreto 1421/2002, de donde surge que aquel derecho se condiciona a la modalidad del ingreso y a la permanencia en el cargo por un plazo de 12 meses, y por ende no todos los empleados públicos, por el solo hecho de prestar labores en la Administración Pública, pueden gozar del derecho a la estabilidad.

Allí la estabilidad se confiere al denominado personal de planta permanente,

⁴⁴⁵ V. DEFELIPPE, Oscar E., “Estabilidad...”, op. cit., p. 2895.

⁴⁴⁶ V. IVANEGA, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 144 y ss.

⁴⁴⁷ V. IVANEGA, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 144 y ss

⁴⁴⁸ Con las limitaciones excepcionales de la ley en el caso de supresión de órganos administrativos. Así la Ley prov. 10.430 en su art. 11 expresa «Disponibilidad absoluta. Cuando se dispongan reestructuraciones que impliquen la supresión de organismos o dependencias o la eliminación de cargos o funciones, los agentes titulares de los puestos suprimidos que no fueran reubicados en la jurisdicción respectiva, pasarán a revistar en situación de disponibilidad por un plazo no inferior a DOCE (12) meses...», luego de lo cual cabe el cese del agente.

⁴⁴⁹ V. FIORINI, Bartolomé, Op. cit., pp. 352.

⁴⁵⁰ V. IVANEGA, Miriam Mabel, op. cit. p. 144.

⁴⁵¹ V. ABERASTURY, Pedro, op. cit., pp. 197 y ss.

⁴⁵² V. DE LA FUENTE, Horacio H., op. cit., p.911.

pues el art. 7º de la ley 25164 refiere que el personal puede revistar: 1) en el régimen de estabilidad; 2) en el régimen de contrataciones; y 3) como personal de gabinete de las autoridades superiores, y 4) con carácter ad honorem.⁴⁵³ Surge del art. 8 de ésta ley que se reserva la estabilidad⁴⁵⁴ al personal que ingresa mediante concursos o similares (respetando las condiciones de idoneidad según lo dispuesto en el art. 16 CN) a un cargo que se encuentra dentro de la estructura correspondiente al régimen de la carrera administrativa y cuya financiación se encuentre prevista en la Ley de Presupuesto⁴⁵⁵.

A ello se agrega lo dispuesto en el decreto 214/2006, dictado dentro del marco de la ley 24185 de Convenciones Colectivas de Trabajo de la Administración Pública Nacional, que aprobó el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional⁴⁵⁶ que establece en su art. 18 que el personal alcanzado por el convenio podrá revistar como permanente o no permanente, y conforme lo dispuesto en los artículos 19 y ss., el personal aquí denominado permanente es el que ingresa en condiciones de adquirir el derecho a la estabilidad⁴⁵⁷.

3. Precarización del Empleo Público

3.1 El denominado neoliberalismo

El denominado neoliberalismo se expande mundialmente luego de la caída del muro de Berlín y durante los años 90. Se sostuvo en dos ejes básicos: A) el profundo cuestionamiento al tamaño del estado nacional y las funciones que había desempeñado durante el predominio de las modalidades interventoras-benefactoras. B) la pérdida de entidad de los estados nacionales en el contexto del mercado mundial, provocada por el proceso de “globalización”.

La doctrina neoliberal propuso, entonces, achicar el aparato estatal (vía privatizaciones y desregulaciones), y ampliar correlativamente la esfera de la “sociedad”, en su versión de economía abierta e integrada plenamente al mercado mundial, considerado como una fuerza natural, irreversible e irrefrenable⁴⁵⁸.

⁴⁵³ V. ABERASTURY, Pedro, op. cit., p. 208.

⁴⁵⁴ V. ABERASTURY, Pedro, op. cit.,

⁴⁵⁵ V. ABERASTURY, Pedro, op. cit., p.209.

⁴⁵⁶ V. ABERASTURY, Pedro, op. cit.,p 210.

⁴⁵⁷ V. ABERASTURY, Pedro, op. cit.

⁴⁵⁸ V. THWAITES REY, Mabel, “¿Qué Estado tras el experimento neoliberal?”, 2008, Caracas, p.1 y ss.

Para los países periféricos endeudados, el disciplinamiento a los estándares internacionales de acumulación de capital vino de la mano de las imposiciones de organismos supranacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, que actuaron como una suerte de gendarmes de una lógica unívoca e imparable del capital.

Los principios basales se enunciaron en los diez principios del denominado Consenso de Washington, entre los cuales se destaca la *flexibilización* en las condiciones laborales, lo que en la práctica procura modos de contratación, desempeño de tareas, y cese, adonde se resigne una parte importante de los derechos laborales obtenidos, en aras del mayor poder del empleador en la contratación laboral, quién procura más rentabilidad de las empresas.

La historia nos enseña que solo la regulación estatal ha permitido que el trabajador obtenga condiciones dignas de desempeño, porque el mercado del trabajo en sociedades con alto desempleo –mucha oferta, escasa demanda–, conlleva inexorablemente no solo a reducir las remuneraciones en valores reales, sino a formas de explotación tan o más gravosas que la esclavitud⁴⁵⁹.

En la década del 1990 nuestro país instauró el modelo neoliberal, y el ex presidente Menem, acordó con los principales ejes del Consenso de Washington, realizando esfuerzos dirigidos a lograr mayor precarización laboral. Ésta ofensiva neoliberal fue la continuación y la consolidación de políticas de gobierno que en Argentina comenzaron a implementarse en la última dictadura militar. Éstas reformas fueron de corte netamente liberal y tuvieron como objetivo terminar con el modelo nacional distribucionista instaurado en el país desde la década de 1940.

Para ésta concepción neoliberal el Estado debía reducirse a sus funciones esenciales: seguridad, justicia, defensa, relaciones exteriores y administración. Así, debía producirse en Argentina una reforma del Estado para beneficio de los privados (salud, educación, industria y telecomunicaciones), posibilitando de esa manera una mejor y más justa distribución de los recursos de acuerdo con el esfuerzo y el riesgo individual⁴⁶⁰.

3.2 La precarización de la relación laboral privada

⁴⁵⁹ El esclavo era propiedad de su dueño, tenía obligaciones de alimentarlo y cuidarlo en la enfermedad. El empleador en la denominada revolución industrial, por ejemplo, exigía jornadas de 15 o más horas diarias, y los dejaba cesante sin compensación alguna al empleado que llegara tarde o se enfermara.

⁴⁶⁰ V. DUHALDE, Santiago, “TRABAJADORES ARGENTINOS: respuestas y propuestas frente a la ofensiva neoliberal” pub. en la web. en http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0103-497920150002&lng=pt&nrm=iso. Obtenido el día 1° de mayo de 2019.

A toda ésta reestructuración del Estado se sumó la reforma laboral. El objetivo era bajar el costo argentino de la mano de obra, para ser más competitivos y confiables, hacer de la fuerza de trabajo un capital realmente variable y adaptable a la demanda del empleador, lo que supuestamente generaría aumento de la inversión y el empleo. Sin embargo, tal lo dicen las estadísticas, el resultado fue el inverso.

Para mejorar la rentabilidad de las empresas y su competitividad, se postuló la flexibilización y desregulación laboral. Así: a) la mencionada ley de reforma del Estado (L. 23696) que creó el programa de propiedad participada, por el que 10% del paquete accionario de la empresa a privatizar pasaba a manos de la empresa a privatizar; b) la citada ley de emergencia económica (L.23697), porque se prohibió a la Administración a contratar personal, se facultó al PEN a tomar medidas para lograr mayor eficiencia y productividad del sector público, y se modificó la política salarial e indemnizatoria; c) Los decretos 1477 1478/90 que habilitaron el pago de parte (20%) de la remuneración en especie; d) el decreto 2184, que reglamentó la huelga de los trabajadores estatales; e) el decreto 1334/91 (L. de convertibilidad), que prohibió la indexación de los créditos, entre ellos los laborales; f) la ley 24013, que introduce los contratos “basura” o nuevas modalidades, g) el decreto 340 que declara expresamente que la pasantía no es una figura laboral; h) la ley 24241, que crea el sistema de aporte jubilatorio por capitalización, las llamadas AFJP; i) la ley de Pymes (L.24465) que establece para tal ámbito el fin de la ultra-actividad de los convenios laborales, eliminó el derecho de indemnización por despido, redujo el preaviso y suprimió el derecho de integración del mes de despido⁴⁶¹.

Y además, debía producirse una reducción del gasto público, teniendo en cuenta la enorme deuda externa del país; ajuste demandado por acreedores externos que presionaban fuertemente por el pago de la misma. El déficit fiscal del Estado argentino acrecentado a fines de los 70´ durante la dictadura militar, debía dar lugar a una reducción del gasto público, para de esa manera transferir al exterior –en concepto de pago de la deuda externa– el dinero acumulado⁴⁶².

Para ello el Estado debía achicarse y racionalizarse. Con éste propósito se llevaron a cabo dos grandes medidas: A) la privatización de la gran mayoría del activo público, consistente principalmente en empresas del Estado, mediante la ley de reforma del Estado Nro. 23696/89; y, B) el achicamiento de la Administración Pública Nacional, hasta ese momento considerada elefantiásica, deficitaria y corrupta, mediante

⁴⁶¹ V. DUHALDE, Santiago, “TRABAJADORES ARGENTINOS: respuestas y propuestas frente a la ofensiva neoliberal”, op. cit.

la ley de Emergencia Económica Nro. 23697/89, que dispuso la reestructuración de la Administración pública y el congelamiento de las estructuras estatales.

A toda ésta reestructuración del Estado se sumó la reforma laboral. El objetivo era bajar el costo argentino de la mano de obra, para ser más competitivos y confiables, hacer de la fuerza de trabajo un capital realmente variable y adaptable a la demanda del empleador, lo que supuestamente generaría aumento de la inversión y el empleo. Sin embargo, tal lo dicen las estadísticas, el resultado fue el inverso.

Existieron distintas normas que fueron dictadas en tal sentido. Así: a) la mencionada ley de reforma del Estado (L. 23696) que creo el programa de propiedad participada, por el que 10% del paquete accionario de la empresa a privatizar pasaba a manos de la empresa a privatizar; b) la citada ley de emergencia económica (L.23697), porque se prohibió a la Administración a contratar personal, se facultó al PEN a tomar medidas para lograr mayor eficiencia y productividad del sector público, y se modificó la política salarial e indemnizatoria; c) Los decretos 1477 1478/90 que habilitaron el pago de parte (20%) de la remuneración en especie; d) el decreto 2184, que reglamento la huelga de los trabajadores estatales; e) el decreto 1334/91 (L. de convertibilidad), que prohibió la indexación de los créditos, entre ellos los laborales; f) la ley 24013, que introduce los contratos “basura” o nuevas modalidades, g) el decreto 340 que declara expresamente que la pasantía no es una figura laboral; h) la ley 24241, que crea el sistema de aporte jubilatorio por capitalización, las llamadas AFJP; i) la ley de Pymes (L.24465) que establece para tal ámbito el fin de la ultra-actividad de los convenios laborales, eliminó el derecho de indemnización por despido, redujo el preaviso y suprimió el derecho de integración del mes de despido⁴⁶³.

3.3 Actualidad en la precarización de la relación de empleo privado

Desde el año 2015, se vive otro ciclo del denominado neoliberalismo. Las empresas multinacionales, ante las crisis económicas, amenazan con cerrar y suprimir empleos, y nuevamente reclaman flexibilidad laboral que abarate el trabajo y el despido.

El discurso, las razones alegadas, son nuevamente el fomento del empleo. Debilitando la estabilidad laboral se crearía más empleo, y esta sería la única salida de la crisis económica. Para ello consideran valido cualquier forma de flexibilidad: a) modalidades de empleo atípico y precario (flexibilidad de entrada); b) aumento de

⁴⁶³ V. DUHALDE, Santiago, “La respuesta de los sindicatos estatales al neoliberalismo en Argentina (1989-1995)”, op. cit.

poderes empresariales unilaterales de alteración del contrato (flexibilidad interna); y c) disminución de garantías frente al despido (flexibilidad de salida)⁴⁶⁴.

La apuesta más fuerte a la flexibilización laboral del actual Gobierno fue la remisión al Congreso de un proyecto que prevé la sustitución de la indemnización por despido (del art. 245 LCT) por la creación de un “fondo de capitalización de cese laboral”, con lo que la norma dejaría de ser disuasiva del despido sin causa –el despido incausado sería gratuito para el empleador–, con lo que se estaría vulnerando lo dispuesto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que garantiza a los trabajadores “la protección contra el despido arbitrario”.

3.4 La precarización del Empleo Público

La precarización laboral es el fenómeno de pérdida o debilitamiento de la garantía de estabilidad laboral en los vínculos laborales. Ella es parte de un fenómeno mayor que es la flexibilización laboral⁴⁶⁵.

La flexibilización laboral se ejerce con diversas medidas que se caracterizan por a) desregulación de la gestión del personal; b) ampliación de los poderes de decisión de los ministerios y agencias en temas de personal; c) reducción de personal de las plantas permanentes; y d) progreso de la negociación colectiva fragmentada por ramas o departamentos⁴⁶⁶.

Se pronuncian a favor de la precarización tanto políticos como gestores, pues alegan que favorece la eficacia del accionar estatal y la satisfacción de las prioridades gubernamentales. En cambio, se oponen a ella los trabajadores estatales y sus sindicatos por considerar que importa un desconocimiento de sus derechos sociales⁴⁶⁷.

Destaco además, que éste fenómeno habitualmente se acentúa en épocas de recesión o desempleo.

La precarización de las relaciones de empleo público, si bien tiene una larga historia, tuvo su auge a partir del neoliberalismo implantado en los años 90’ que se propuso “achicar el Estado”⁴⁶⁸, reduciendo a un mínimo sus funciones, lo que significó

464 V. SERRANO ALOU, Sebastián, “La prohibición de los despidos arbitrarios: fundamentos jurídicos, políticos y económicos”, en *Microjuris Argentina*, 2 de mayo de 2016, pub. en la web en: MJ-DOC-9861-AR | MJD9861. Obtenido el día 1° de mayo de 2019.

465 V. IVANEGA, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, 1° ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 144 y ss.

466 V. IVANEGA, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, 1° ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 144 y ss.

467 V. IVANEGA, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, 1° ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 144 y ss.

468 V. BIBILONI, Homero, “Regulaciones, control, economía, mercado, intereses y posibilidades organizacionales de la Administración”, en *Revista de Derecho Público, Las regulaciones estatales de la economía en*

volver a la idea del Estado mínimo. Este “retiro” del Estado de parte de su actividad social y económica se expresó entre otras formas en lo que se dio en llamar “*la política de reestructuración del Estado*”, siendo una norma relevante a nuestro tema el “*Decreto de reordenamiento del Estado de 1990*”, que permitió que muchos empleados despedidos o con retiro voluntario –especialmente del sector público nacional– fueran nuevamente contratados por el Estado, pero ahora a través de contratos precarios o “contratos basura”⁴⁶⁹.

Existió toda una reestructuración de la administración por supresión de servicios estatales de empresas que fueron privatizadas y por transferencia de competencias de funciones desde la nación a la provincia, y quienes fueron expulsados del Estado por tal motivo volvieron a ser trabajadores estatales, pero ésta vez como contratados, importando ello para el Estado empleador menos cargas sociales, y para el trabajador la inexistencia de estabilidad laboral y una distinción entre dos clases de trabajadores (permanentes y temporarios) que conspiró contra la solidaridad entre los mismos.

El Estado no fue neutral en la precarización del empleo público. Su papel en éste nuevo orden económico es el de cristalizar la reproducción del capital a escala internacional, por donde transita la violencia para que la división internacional del trabajo se realice, porque es el elemento y el medio que hacen posible esa política⁴⁷⁰.

Como explica Rolando Astarita, “...a lo largo de las últimas décadas el Estado contribuyó (y sigue haciéndolo) al fortalecimiento de las posiciones del capital frente al trabajo. Así, por ejemplo, las empresas que se mantienen bajo control estatal se rigen cada vez más según la lógica de la rentabilidad: compiten con empresas privadas, cotizan en bolsa, establecen relaciones con el mundo financiero según las reglas del mercado, subcontratan trabajo y lo precarizan, y remuneran a sus ejecutivos como cualquier otra empresa capitalista. De la misma manera, cada vez más en reparticiones del Estado encontramos trabajo precarizado y trabajadores con derechos laborales mínimos. Todo apunta a la misma conclusión: el Estado no está por fuera de la unidad orgánica que conforma el modo de producción capitalista...”⁴⁷¹.

Aquellos agentes estatales que son precarizados por el Estado –que posiblemente es quién más precariza– se sitúan dentro de lo que puede denominarse grupos o sujetos vulnerables⁴⁷², por el grado de indefensión en que se hallan, en virtud

la Argentina- II, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2014, pp. 18.

⁴⁶⁹ V. DUHALDE, Santiago (2015) “La précarisation contractuelle ausein de l’État”, *Chronique Internationale de l’IRES*, publicación del Institut de Recherches Economiques et Sociales (IRES), Noisy-le-Grand, Francia, N° 149, marzo (ISSN 1285-087X). Este artículo estará disponible en: <<http://www.ires-fr.org/publications/la-chronique-internationale>. Obtenido 13 de abril de 2015.

⁴⁷⁰ V. THWAITES REY, Mabel, “¿Qué Estado tras el experimento neoliberal?”, 2008, Caracas, p.1.

⁴⁷¹ ASTARITA Rolando, “Neoliberalismo y crítica marxista”, en *Revista Sin Permiso*, <http://www.sinpermiso.info/textos/neoliberalismo-y-critica-marxista> (consultado el 25/6/2019).

⁴⁷² V. FEITO GRANDE, Lydia, “Vulnerabilidad”, pub. en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, versión impresa ISSN 1137-6627, V. 3, Supl. 3, Pamplona, 2007. Pub. en la web en <http://scielo.isciii.es/>

de su hiposuficiencia negocial y reclamacional. Esto se acentúa cuanto mayor es el desempleo y empleo informal, al existir el llamado figurativamente “ejército industrial de reserva”⁴⁷³, y dada la facilidad y libertad con que los gobernantes pueden despedirlos sin motivo⁴⁷⁴ con el argumento de la discrecionalidad administrativa, que resulta admitida por los jueces o bien, en el mejor de los casos, se le impone una exigua indemnización luego de varios años de proceso judicial.

Otra consecuencia preocupante de ésta precarización es que debilita las reglas democráticas, pues integra el fenómeno del clientelismo político, poniendo a los agentes temporarios a merced de disciplinamientos, en lo que O’Donnell denomina democracias de baja intensidad o delegativas.⁴⁷⁵ De este modo resulta una potencial fuerza de trabajo con impacto electoral, a quienes se convoca para actos, reparto de boletas, y demás tareas electorales, sea como contraprestación por designarlos, o con la implícita amenaza de quedar cesantes.

3.5 Formas de precarización en el Empleo Público negando estabilidad

Hemos señalado que el incumplimiento de las normas estatutarias que obligan a pasar a planta permanente a los empleados públicos, manteniéndolos como interinos o contratados, y en este último caso, con aportes previsionales y obra social, o directamente negando la relación laboral al imponerles que se inscriban como monotributistas, pese a que están presentes todas las características del trabajo en relación de dependencia. A estos empleados públicos es fácil presionarlos para actuar de modo irregular, conforme la voluntad de sus superiores, no solo por la posibilidad del cese sin acto administrativo – que pudiera poner de manifiesto la discriminación o arbitrariedad– ni indemnización, sino también porque se los manipula con el lugar, el horario, las tareas, y demás modalidades de trabajo.

A su vez la precarización ha crecido a la par que la laboralización del empleo público, esto es: la sujeción de la relación de empleo público al derecho laboral privado o a la negociación colectiva. Este fenómeno tuvo dos causas: por un lado, la profundización

sciELO.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000600002. Obtenido el día 5 de septiembre de 2013; y V. SIROUNIAN, Mónica, *Hiposuficiencia negocial...*, op. cit. p. 81.

⁴⁷³ V. MARX, Karl, *El Capital: Crítica de la economía política, Libro I, Tomo III*, Siglo XXI editores, ISBN 978-84-460-1216-0, p. 91 ss.

⁴⁷⁴ V. Diario La Nación, “Las idas y venidas del Empleo Público” de Andrés Ibarra (marzo, de 1918), pub. en la web.: <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-idas-y-venidas-del-empleo-publico-nid2120844>. Obtenido en internet el 1° de mayo de 2019.

⁴⁷⁵ V. O’DONNELL, Guillermo, “Democracia Delegativa”, Pub. Originalmente como “Delegative Democracy”, en *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1, January 1994: 55-69. © 1994 National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press, pub. en internet <http://www.uaq.mx/contraloriasocial/diplomado/biografia-modulo3/odonnell.pdf>. Obtenido el 13 de septiembre de 2014.

de políticas de contención del gasto público, y por el otro, la labor de los sindicatos y la protección del trabajo humano sin distinción entre público y privado, que dio más protagonismo a la negociación colectiva⁴⁷⁶.

Las figuras laborales precarias están reconocidas en las distintas normas de empleo público para situaciones excepcionales en las que se encuentre justificada su utilización, como suplencias o trabajo estacional, en las cuales el vínculo carece de estabilidad.

Pero en la realidad se ha venido utilizando de modo ilegítimo simulando relaciones de empleo distintas transitorias para desempeños en actividades permanentes. De este modo se ha reinstalado, por vía oblicua, la práctica el “sistema de botín” o “spoil system” en nuestra régimen de función pública de la administración.

La reacción judicial ha sido muy limitada, y ha permitido que estas prácticas irregulares se expandan y sistematicen como habituales.

3.6 Modalidades de precarización negando la estabilidad

Tal como dijimos el Estado que, debiera dar el ejemplo, resulta ser quien más precariza, eludiendo las garantías constitucionales de igualdad en el acceso al empleo –art. 16 de la Constitución Nacional–, de estabilidad en el empleo público, y de la seguridad social –art. 14 bis de la Constitución Nacional–, entre otros.

Tales figuras atípicas de prestación de tareas y que no gozan de estabilidad laboral⁴⁷⁷ son las siguientes:

- a) La locación de servicios de derecho público, que carecen de carrera administrativa, y no están sujetos a régimen disciplinario.
- b) La locación de obra, similar al anterior.
- c) Contratación de monotributista, adonde la relación de dependencia se simula con una figura de trabajo autónomo.
- d) Mensualizados o jornalizados
- e) Temporarios, categoría que incluye a los transitorios (art. 9 L. 25164), tal lo prevé el art. 16 L. 25164, a los que se les reconocen ciertos derechos pero no adquieren estabilidad por el transcurso del tiempo. Además de la simulación ilegítima, cuando desempeñan tareas permanentes, la cantidad de personal en estas condiciones suele superar el límite máximo del 15% con relación al número de trabajadores en planta permanente.

⁴⁷⁶ V. IVANEGA, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 144 y ss.

⁴⁷⁷ V. IVANEGA, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, op. cit., p. 144 y ss.

- f) Consultores, con prestación de servicios profesionales autónomos necesarios para el desarrollo de tareas, estudios, proyectos o programas especiales, que por la permanencia de sus actividades debieran designarse como empleados públicos.
- g) Locación de obra intelectual, en los casos en que el artista o especialista es la única persona idónea para llevar a cabo la obra.
- h) Pasantías, adonde se realiza un contrato en favor de un tercero beneficiario (el pasante) entre la administración y la institución educativa. Muchas veces encubre el desempeño de tareas ajenas al tramo educativo que debiera complementar.
- i) Beneficiarios de plan social: es el caso de los subsidios por desempleo, antiguamente existían “Plan Argentina Trabaja” y “Ellas Hacen”, y hoy desde el 2015 existe “Hacemos Futuro”, un plan social que convive con otros planes de alcance provincial y/o municipal⁴⁷⁸.
- j) Desempeño de tareas «ad honorem» con la expectativa de lograr un puesto de trabajo futuro, como ocurre con los meritorios en el Poder Judicial.

Una característica común de estas modalidades es que los sujetos incluidos, en los casos que existe relación de dependencia, no gozan de estabilidad laboral, y las figuras legales utilizadas simulan ilegítimamente un vínculo transitorio, cuando encubren puestos de trabajo permanente⁴⁷⁹. En los restantes casos, ni siquiera existe relación laboral, y quien realiza las tareas está excluido de los beneficios de la seguridad social, sea en aportes jubilatorios, obra social o protección frente a accidentes y enfermedades de causa laboral.

3.7 Precarización de la relación de Empleo Público con estabilidad

Pero sería un error suponer que los empleados que han alcanzado la estabilidad en planta permanente, gozan de esta relativa autonomía, para actuar con independencia e imparcialidad en las decisiones que adoptan, o sobre las que dictaminan.

En efecto, hay innumerables formas de manipulación, porque la práctica administrativa posibilita el cambio de dependencia, de tareas, de superior jerárquico, todas decisiones que afectan al agente, en muchos casos constituyendo formas de violencia laboral, y constituyen amenazas implícitas para los otros empleados públicos.

La frecuencia y gravedad de estas prácticas, ha llevado a dictar la Ley provincial

⁴⁷⁸ V. PULVIRENTI, Orlando D., “Puede ser una relación de plan social, empleo público? Un inquietante fallo judicial para el erario público”, en *Microjuris Argentina*, 19 de octubre de 2019, pub. en la web en: MJ-DOC-13727-AR | MJ1372. Obtenido el día 1° de mayo de 2019.

⁴⁷⁹ V. IVANEGA, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, 1° ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 144 y ss.

13.168 (2004) prohibiendo la violencia laboral en todo el ámbito del empleo público en la provincia de Buenos Aires, describiendo en el art. 5° “*con carácter enunciativo como maltrato psíquico y social a las siguientes acciones: a) Obligar a ejecutar tareas denigrantes para la dignidad humana. b) Asignar misiones innecesarias o sin sentido con la intención de humillar. c) Juzgar de manera ofensiva su desempeño en la organización. d) Cambiarlo de oficina, lugar habitual de trabajo con ánimo de separarlo de sus compañeros o colaboradores más cercanos. e) Bloquear constantemente sus iniciativas de interacción generando el aislamiento del mismo. f) Prohibir a los empleados que hablen con él o mantenerlos incomunicados, aislados. g) Encargar trabajo imposible de realizar. h) Obstaculizar y/o imposibilitar la ejecución de una actividad, u ocultar las herramientas necesarias para realizar una tarea atinente a su puesto. i) Promover el hostigamiento psicológico a manera de complot sobre un subordinado. j) Efectuar amenazas reiteradas de despido infundado. k) Privar al trabajador de información útil para desempeñar su tarea y/o ejercer sus derechos*”. Fue necesario modificarla por Ley 14040 (2009) a fin de aclarar el alcance en el “*ámbito de los tres poderes del estado provincial, entes autárquicos y descentralizados y los municipios*» porque la práctica estaba extendida a todos ellos, y por Ley 15.118 (2019) para ampliar su alcance a prácticas de violencia laboral por «*persecución y/o discriminación por razones políticas y/o sindicales*».

Tampoco se respeta un orden de ascensos en las distintas categorías, sea por antigüedad o concurso, al punto que los Sindicatos en lugar de reclamar diferencias remuneratorias significativas entre las categorías, se esfuerzan por lograr un incremento en el adicional por antigüedad.

La escala remuneratoria, lejos de ser uniforme para cada categoría de empleados, se individualiza según la voluntad del gobernante, otorgando «adicionales» o «funciones» con las que se aumenta hasta el cien por ciento (100%) la remuneración básica, y para concederlas se invoca la «responsabilidad de la tarea», la «disponibilidad horaria» o «tareas adicionales», que por lo general no se corresponden con desempeños efectivos. También el otorgamiento de horarios prolongados, que no se cumple y ni siquiera existe control fuera del horario normal de trabajo. De este modo, un empleado nuevo en la categoría inicial, puede percibir una remuneración total superior a un agente en la categoría más alta del agrupamiento, con más de veinte (20) años de servicio, desnaturalizando totalmente la carrera administrativa.

Esos adicionales se consideran transitorios, y su posible supresión constituye una nueva amenaza implícita para someter al agente a la voluntad del superior.

Es decir, en el marco de una relación de empleo público con estabilidad, se van generando distintos mecanismos para lograr la precarización de las condiciones de trabajo, sobre aspectos relevantes como la remuneración, el tipo de tareas asignadas, el lugar y horario de trabajo, etcetera. Y ello se logra merced a sistemáticos incumplimientos de la normativa constitucional⁴⁸⁰ y legal, que establece la carrera administrativa con igualdad de

⁴⁸⁰ La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 103 inc. 12°: « *Organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad; escalafón; estabilidad; uniformidad de sueldos en cada categoría*

oportunidades, concursos, uniformidad de sueldos, capacitación, calificaciones, etcétera.

En el actual gobierno, se promueve la precarización como un supuesto conflicto entre públicos y privados, donde habría que dejar de mantener “vagos”, así dijo un ministro que los despedidos eran la “grasa militante” o “los ñoquis”.

Nuevamente se soslaya la dimensión institucional del empleo público, y se insiste en una supuesta condición de privilegio de los agentes del estado.

3.8 Doctrina de la Corte de Justicia de la Nación

Si bien hay matices en los distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la tendencia de los fallos se dirige a considerar ilegítima la conducta de la administración pública, cuando mantiene como empleado transitorio a un agente que desempeña durante años, tareas propias de un cargo permanente. La utilización de figuras jurídicas de excepción, previstas para relaciones de empleo público transitorias, se ha considerado una simulación ilegítima, una desviación de poder, una contratación fraudulenta que encubre la verdadera actividad propia de un cargo permanente, para impedir que el agente adquiera la estabilidad que le reconoce la Constitución Nacional en su art. 14 bis, y las normas de empleo público. Añade que la calificación otorgada por la administración no obliga al sentenciante, que debe atender a la realidad de estas vinculaciones de carácter permanente.

Pese a esa inicial calificación de ilegitimidad en la actuación administrativa, en esos precedentes no se condena a la reincorporación de quién ha sido ilegítimamente cesanteado (con más la indemnización integral del daño por actividad ilegal), sino que se adopta un camino distinto, reconociendo tan solo una indemnización sustitutiva en forma similar a la reconocida en los casos de estabilidad relativa, como el cese incausado en el derecho privado, pero cuya cuantía resulta de la aplicación analógica de criterios y normas del derecho público⁴⁸¹. Para ello argumenta que un pronunciamiento de reincorporación, estaría comprometiendo de modo permanente los fondos presupuestarios de la administración, lo que excedería al ámbito de actuación del Poder Judicial⁴⁸². En otros casos ha señalado también, que la falta de concurso para ingresar al cargo obsta a una reincorporación⁴⁸³.

e incompatibilidades»

⁴⁸¹ CSJN causa «Ramos» 2010; CSJN causa «Cerigliano» 2011, entre otras.

⁴⁸² El argumento es discutible, porque quién comprometió los fondos presupuestarios ha sido la propia administración al designar durante años al agente en cuestión, en un cargo que ya está presupuestado.

⁴⁸³ No parece existir voluntad jurisdiccional de interrumpir el ciclo de cese arbitrario al transitorio, y nueva designación «a dedo» que recae en uno de la propia facción. Sería sencillo, por ejemplo, condenar a que la administración tenga que llamar a concurso con participación del cesanteado, como límite a la pretensión

Si bien se trata de un avance saludable a la jurisprudencia anterior cuando se negaba todo derecho al agente temporario cesanteado, alegando que había consentido esta relación laboral irregular, es indudable que se sigue soslayando la dimensión institucional involucrada. El abordaje jurisprudencial de las maniobras de presión...

4. Conclusiones

Está muy extendida la precarización del Empleo Público en nuestro país, que tiene expresión tanto en las formas de trabajo que ilegítimamente se sustraen al derecho constitucional de estabilidad absoluta, cuanto en la manipulación de los agentes que tienen estabilidad, negándoles los derechos inherentes a la carrera administrativa.

Estas prácticas ilegítimas resultan atentatorias de la dignidad del empleado público, porque lo colocan en tal condición de incertidumbre, que daña severamente la personalidad de quienes están más afectados. No hay expectativas, y en lugar de capacitarse para lograr cargos más altos en la carrera administrativa, el empleado público se esfuerza en la genuflexión hacia los jefes de turno, porque son esas las reglas de juego a que someterse.

Naturalmente, en los casos que se produce el cese laboral ilegítimo, tienen además el daño emergente de la grave dificultad para obtener otro empleo, en el contexto de grave desocupación que vive nuestro país, colocándolo al menos en algunos casos, en situación de pobreza o indigencia a todo su grupo familiar.

En la dimensión institucional del Empleo Público que hemos pretendido abordar, los daños son inestimables. Desaparecen las instancias de legalidad representadas por los distintos agrupamientos y categorías de agentes, algunos con intervención obligatoria, y todos como garantes de legalidad, igualdad de trato y eficacia, desaparecen. Su intervención será guiada por la voluntad del gobernante, reforzando la autoridad allí adonde debiera existir control, y merced a los mecanismos de sometimiento antes descriptos, el agente actuará –consciente pero obligado– para hacer, decidir, dictaminar u omitir, sin distinguir lo legítimo y lo ilegítimo, lo igualitario y lo discriminatorio.

Los episodios de corrupción en investigación judicial adonde, además de los funcionarios involucrados, existe una larga cadena de agentes que dictaminan, intervienen y controlan –formalización contractual, avance de la contraprestación, la liberación de pagos, el control de cumplimiento y calidad–, que a veces integran dos o más jurisdicciones, muestra con meridiana claridad este fenómeno. Veintenas de garantes de legalidad, obligados a no dar curso e incluso denunciar las irregularidades, que miran para otro lado, y su única preocupación es no quedar involucrados.

de cubrir nuevamente el puesto de trabajo.

Ocurre algo similar, aunque más difícil de advertir, en las prestaciones vinculadas con derechos sociales que, merced a la ausencia por inacción de una red de empleo público y órganos de contralor, se transforma en un coto clientelar del gobernante de turno. Podrá este actuar mejor o peor según su consciencia, pero desaparecen gran parte de los mecanismos institucionales de contención.

El deterioro de la función pública tiene infinitas derivaciones, porque no hay estímulo –patrimoniales ni espirituales– para la capacitación o el esfuerzo. Y es lógico que el ser humano mida sus esfuerzos en relación a los reconocimientos que recibe.

Rota la carrera administrativa, es frecuente que siguiendo la regla de las recompensas partidarias, se pongan a cargo a quienes carecen del conocimiento y experiencia de los ahora subordinados. Y además, tampoco tiene intenciones de aprender, porque su lugar y sus esfuerzos se dirigen a la actuación política, con cierta lógica porque fue ella la que le permitió estar allí. El jefe nuevo suele pedir el traslado para no quedar en evidencia, o bien, emprende la violencia laboral para que lo pida el propio empleado público. Este le responde con el desgano, o bien con la zancadilla administrativa. La casuística es innumerable.

En lugar de ser una usina de ideas y esfuerzo para la mejor implementación de las políticas públicas, la administración pasa a ser un recinto físico de la confrontación, enojo y el destrato al ciudadano. Si, como pensamos, la efectivización de los derechos amenazados o conculcados por la administración, depende de las decisiones de los jueces en las causas judiciales, y la casuística indica que esas cuestiones le son sometidas, es necesario concluir que existe un déficit de actuación, sea por vía cautelar o por decisiones definitivas. A veces invocando la presunción de legitimidad de actos administrativos que debieran calificarse como *categorías sospechosas*⁴⁸⁴, invirtiendo la presunción, por la evidencia de en principio, solo la discriminación de trato puede explicarlas.

A su turno, las decisiones previas operan como conjeturas de las decisiones futuras, y ante negativa, extemporaneidad o escasa energía de aquellas, serán cada vez menos los procesos que se inicien. La administración toma nota escrupulosamente de cada rechazo, que vuelve potenciado en nuevas afectaciones de los derechos. Por el contrario, cuando la decisión es favorable al empleado público, la administración no interrumpe esas prácticas, sin que tenga consecuencias por esa reincidencia en la ilegalidad.

⁴⁸⁴ TREACY Guillermo, “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 89 UBA <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/treacy-guillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad> (consulta 16-6-2019).

¿Qué exige hoy la protección jurídica del Ambiente?

El caso de los humedales

Noseda, Paula⁴⁸⁵

1. Introducción

En este breve ensayo, se hace especial referencia a la cuestión ambiental que plantea la efectiva protección de los humedales frente al avance de las fronteras urbana y agropecuaria. En particular afirmamos que es innecesario sancionar una norma específica en materia de protección de humedales, ya que con la efectiva y oportuna aplicación de los principios y la normativa ambiental vigente bastaría para alcanzar dicho objetivo.

2. Contexto normativo internacional

El 2 de febrero de 1971, en la Ciudad de Ramsar (Irán) se celebró la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, modificada según el Protocolo de París, del 3 de diciembre de 1982 (en adelante la Convención). Los humedales son definidos como “...*Extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de agua, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros...*”; comprendiendo dentro de ese concepto de humedales a: “...*sus zonas ribereñas o costeras adyacentes, así como las islas o extensiones de agua marina de una profundidad superior a los seis metros en marea baja, cuando se encuentren dentro del humedal...*”.

La Convención funda la protección de los humedales en su importancia como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de flora y fauna características, especialmente de aves acuáticas.

La República Argentina ratificó la Convención en el año 1991 mediante la

⁴⁸⁵ Doctora en Ciencias Jurídicas, por la Facultad de Derecho, UCA. Especialista en Derecho Ambiental, por la Facultad de Derecho, UCA.. Profesora Adjunta de Derecho Ambiental y Derecho Agrario de la Facultad de Derecho, UNICEN.

sanción de la Ley N° 23.919 (texto modificado y ordenado por Ley 25.335). La Convención entró en vigor en Argentina el 4 de septiembre de 1992, lo que significó asumir los siguientes compromisos internacionales: i) Designar humedales existentes en territorio nacional para incluir en la Lista RAMSAR⁴⁸⁶; ii) Especificar sus límites e identificar cartográficamente⁴⁸⁷; iii) Planificar y aplicar medidas para la conservación y uso racional de los humedales que incluya en la Lista; iv) Fomentar la investigación y el intercambio de datos y de publicaciones en la materia; v) Aumentar las poblaciones de aves acuáticas mediante la adecuada gestión; vi) Fomentar la formación de personal para su estudio, gestión y custodia; y vii) Sistematizar conocimiento acerca de las modificaciones (por la intervención del hombre) de las condiciones ecológicas de los humedales incluidos en la Lista. Argentina tiene actualmente incluidos en la Lista 23 sitios Ramsar, que representan un una superficie total de 5.687.651 hectáreas⁴⁸⁸.

3. Marco jurídico vigente y proyectado

La protección y gestión de los humedales a nivel nacional debería primeramente sujetarse a los principios y normas ambientales vigentes. En particular hacemos referencia al necesario desarrollo sostenible, que es aquel que satisface las necesidades de las generaciones presentes, sin poner en peligro la satisfacción de necesidades de las generaciones futuras. Dicho principio plasmado en cláusula ambiental (Art. 41) de nuestra Constitución Nacional resulta clave al momento de conciliar el desarrollo económico con la protección ambiental y el bienestar de la población y su entorno. Sin embargo, en la práctica, no es fácil hacer realidad su aplicación.

En tal sentido, el Derecho es la herramienta privilegiada para toda política en favor de la protección del ambiente y de la vida en su sentido más integral. Ello se constata al revisar la evolución del Derecho Ambiental. Primeramente, en el ámbito del Derecho Internacional a través del reconocimiento por parte de los países del mundo de la cuestión ambiental y de los principios que la rigen. Luego en los Derechos internos que, como en el caso de Argentina, reforman sus constituciones receptando el Derecho a un ambiente sano y sus principios protectorios, otorgando garantías para el acceso a la justicia ambiental (Art. 43 C.N) y obligando a la recomposición del daño ambiental (Art. 41 C.N.). Todo lo que luego es (o debería ser) reglamentado y complementado en forma congruente por las legislaciones locales y la normativa dictada en su consecuencia.

⁴⁸⁶ Lista de Humedales de Importancia Internacional que mantiene la Oficina establecida en virtud del Artículo 8 de la Convención.

⁴⁸⁷ Argentina avanzó con un estudio de los humedales existente a escala regional publicado en 2017 hacia la elaboración de un inventario nacional de humedales. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/regioneshumedbaja2.pdf>

⁴⁸⁸ <https://www.ramsar.org/es/humedal/argentina>

En igual sentido, los tomadores de decisión deberían ajustar sus decisiones a dichos principios y normativa haciéndose eco de este paradigma ambiental.

Sin embargo, el avance de este nuevo paradigma ambiental⁴⁸⁹ en la ciencia jurídica no resulta lineal. Muchas veces al momento de resolver problemas ambientales los tomadores de decisión (en particular, el Estado a través de sus órganos administrativos y judiciales) se ven ante el dilema de armonizar múltiples intereses enfrentados entre sí, todos ellos legítimos y de jerarquía constitucional.

En este punto, traemos como ejemplo el caso planteado con los humedales del departamento de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos. Allí una empresa desarrollista de un proyecto inmobiliario obtuvo autorización “condicional” mediante Resolución de la Secretaria de Ambiente de Entre Ríos N° 340/2015, para llevar adelante el proyecto bastándole la mera presentación del estudio de impacto ambiental, pero sin la correspondiente evaluación del mismo por parte de la propia autoridad. De los antecedentes evaluados por la Corte Nacional quedó probado que la empresa, aún antes de obtener la citada autorización condicional, inició actividades de desmonte, movimientos de tierra, levantamiento de terraplenes, todo lo que causó la modificación y el daño grave e irreversible del humedal en cuestión (anulando la función del valle de inundación del Río Gualeguaychú) que fuera declarado Reserva por Ordenanzas 8914/89 y 10.476/00) y por Ley Provincial 9.718.

A los fines de este trabajo observamos que, la Constitución de la Provincia de Entre Ríos de 2008 reconoce expresamente la importancia de los humedales y prevé la veda de aquellas actividades que comprometa la integridad de los mismos: “*La Provincia (...) Tendrá a su cargo la gestión y uso sustentable (...) de los sistemas de humedales, que se declaran libres de construcción de obras de infraestructura a gran escala que puedan interrumpir o degradar la libertad de sus aguas y el desarrollo natural de sus ecosistemas asociados*”. A la vez, en su Art. 84 dota a las autoridades de aplicación de las herramientas de gestión ambiental para poder evaluar previamente los impactos que pudieran causar las obras o proyectos respecto del ambiente entrerriano. Dichas herramientas de la gestión ambiental, cuenta con su correspondiente reglamentación provincial, estando a cargo su aplicación de la Secretaria de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos.

El propio fallo⁴⁹⁰ de la Corte (considerando 9) señala el obrar complaciente de las autoridades provinciales, que teniendo a mano todas estas herramientas de protección, no las aplicaron adecuadamente causando impacto negativo en el ambiente.

Llama la atención que el Juez de Primera Instancia⁴⁹¹, ya en diciembre de 2015 resuelve adecuadamente haciendo lugar a la acción colectiva de amparo ambiental;

⁴⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo L. *Derecho Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018.

⁴⁹⁰ Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental, 11 de julio de 2019.

⁴⁹¹ Disponible en <http://fundavida.org.ar/web2.0/el-fallo-del-juez-leonardo-portela-en-el-caso-amarras/>

ordenando el cese de las obras; condenando solidariamente a la empresa, a la municipalidad de Pueblo General Belgrano y al Gobierno de la Provincia de Entre Ríos a recomponer el daño ambiental producido.

Lamentablemente, cuatro años pasaron para que finalmente nuestro máximo tribunal resuelva el caso. Resolución que permitirá al tribunal de origen volver a dictar la sentencia conforme a derecho, que en definitiva, estimamos será en el mismo sentido ya expresado. Si bien se destaca la adecuada fundamentación de la sentencia de la Corte Nacional, valiéndose tanto de los principios ambientales ya receptados por nuestro ordenamiento (principios de precaución, prevención, desarrollo sostenible y responsabilidad) e incluso consagrando jurisprudencialmente nuevos principios como el “in dubio pro natura⁴⁹²” e “in dubio pro aqua⁴⁹³”. Nos lleva a pensar, qué sentido tuvo recorrer el derrotero judicial confirmando el hacer lugar a la acción de amparo ambiental colectivo que demora en modo tal la resolución del conflicto.

Lo hasta aquí expuesto conduce a preguntarnos si para la efectiva protección de los humedales existentes en todo el territorio nacional, es necesario contar con una normativa específica en la materia.

En tal sentido, tanto a nivel nacional como provincial (en particular de la Provincia de Buenos Aires) se registran iniciativas todas ellas de tenor similar. Lo más cerca que se estuvo de aprobar la regulación de los humedales a nivel nacional fue hacia fines del año 2016, cuando el Proyecto de Ley de Presupuestos Mínimos para la Protección Ambiental de los Humedales (CD-405/16), obtuvo por unanimidad media sanción en el Senado Nacional. Sin embargo, en la otra Cámara no prosperó perdiendo estado parlamentario⁴⁹⁴. Actualmente, a nivel bonaerense se encuentra para la revisión de los especialistas la iniciativa legislativa (E114 2019-2020).

Los proyectos referidos anteriormente comparten similitudes en los siguientes aspectos:

Conceptualizan en qué consiste el objeto de protección jurídica, el provincial remitiéndose a la definición de la Convención y el nacional ensayando definiciones propias que comprendan integralmente a estos sistemas naturales complejos⁴⁹⁵ y sus funciones ecosistémicas. Por lo que algunos sugieren que se elaboren glosarios que

⁴⁹² Declaración de UIC, Congreso Mundial de Derecho Ambiental, Río de Janeiro, 2016.

⁴⁹³ 8° Foro Mundial del Agua, Brasilia, Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, 2018, Naciones Unidas/ UICN.

⁴⁹⁴ Actualmente en el Congreso Nacional a través de los Expedientes 0751-D-2017/1179-S-2018/1176-D-2018: se intenta reflotar la iniciativa.

⁴⁹⁵ Humedal: ambiente en los que la presencia (temporal o permanente) de agua superficial o subsuperficial causa flujos biogeotérmicos propios y diferentes a los ambientes terrestres y acuáticos. Rasgos distintivos son la presencia de biota adaptada a estas condiciones (plantas hidrófitas y/o suelos hídricos o sustratos con rasgos de hidromorfismo). Son sus características ecológicas la combinación de componentes físicos, químicos y biológicos y las funciones ecosistémicas que permiten la provisión de servicios ecosistémicos.

acompañen a la norma⁴⁹⁶.

Definen a los Servicios Ecosistémicos que los humedales brindan como los beneficios tangibles e intangibles derivados de la estructura y funciones de estos ecosistemas, como por ejemplo: la provisión de agua potable; el filtrado y retención de nutrientes y contaminantes; la provisión de alimentos, madera, fibras y combustibles; la amortiguación de excedentes hídricos; la disminución de poder erosivo de los flujos de agua y su velocidad de circulación hacia el mar; la mitigación de la pérdida y salinización de los suelos; la provisión de hábitats; la estabilización de la línea de costa y control de la erosión costera; el almacenamiento de carbono; la recarga y descarga de acuíferos; la estabilización climática; la preservación de valores culturales; y/o la recreación y el turismo, todos ellos susceptibles de valoración económica y extraeconómica.

Tienen por objetivos identificar, conservar, proteger, restaurar y hacer un uso racional de los humedales y preservar los servicios ecosistémicos que estos brindan.

Establecen en qué consistirá el ordenamiento territorial de los humedales, sujetando dicho proceso a un plazo y actualización periódica, asegurando la participación de las partes interesadas, identificando actividades prioritarias y sostenibles.

Prevén la categorización de los humedales según el grado de conservación de los mismos. Así, la categoría más sensible tendrán categoría de reserva mientras que aquellas áreas más intervenidas por el hombre tendrán la categoría de áreas de Manejo Sostenible, en tanto que aquellos humedales de mediano valor de conservación serán categorizados como áreas de restauración a efectos de recomponer sus funciones ambientales.

Prevén un régimen de sanciones a aplicar ante infracciones administrativas, para el caso de incumplimientos de las obligaciones establecidas por la ley.

Más allá de las buenas intenciones al intentar diseñar una legislación superadora que garantice la protección de los humedales a nivel nacional y/o de la Provincia de Buenos Aires, es desalentador saber que su sanción no garantizará su aplicación. En particular, respecto de la necesaria planificación y conocimiento acabado de los bienes ambientales que se pretenden proteger. Sin ir más lejos, basta como ejemplo que más de 20 años han pasado de la entrada en vigencia del Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.257) y aún no se culminó la tarea encomendada a la Autoridad de Aplicación de delimitar la línea de ribera de los cuerpos de agua provinciales, paso previo a poder incorporar los humedales a un ordenamiento territorial ambiental en la Provincia⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ ROMERO, María C., “Humedales: proyectos legislativos nacional y bonaerense. Definición e inventario”, actas del IV Congreso Nacional de Derecho Agrario Provincial (Salta, 2017): <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/60443>

⁴⁹⁷ ROMERO, María C., “Humedales: proyectos legislativos nacional y bonaerense. Definición e inventario”, op. cit.

4. Algunas reflexiones a modo de conclusión

Como es sabido, al sistema normativo le lleva un tiempo dar respuesta o captar repartos que se hacen en la realidad social. Al parecer, tal es lo que sucede con relación a la protección ambiental de los humedales cuando se plantea un conflicto ambiental. En tal sentido, se sostiene que es útil para los tomadores de decisión, el contar con principios ambientales y herramientas para la gestión sustentable, a fin de resolver este tipo de casos donde los intereses legítimos (desarrollo económico vs. protección de la vida) se ven enfrentados, ante las consecuencias negativas (concretas o potenciales) que la intervención humana pudiera causar a los bienes ambientales protegidos.

Desde la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que reconoce expresamente la protección del ambiente, mucho se ha avanzado para la conformación de una completa normativa ambiental. Pero el desafío hoy es lograr su efectiva, eficaz y oportuna aplicación. Donde los operadores, al momento de la toma de decisiones, no especulen sobre el verdadero valor de cumplir dicha normativa, ya que en definitiva es la protección de la vida lo que ésta en juego. Debemos indagar en la detección de mecanismos (tal vez extra-normativos) que conduzcan a mejorar la aplicabilidad de la normativa ambiental en nuestro país en debido tiempo y forma.

CAPÍTULO III

Otros horizontes sobre la protección de la persona

De pueblo a persona: el pensamiento savigniano a 180 años de “Sistema de derecho romano actual”

Magneres, Magdalena⁴⁹⁸

1. Introducción

Los iushistoriadores pertenecemos a una ciencia creada como campo disciplinar a fines del siglo XIX, por tanto, somos contemporáneos al discurso que emana de la ciencia del Derecho codificada, críticos de este proceso político a todas luces negativo para la valoración del Derecho pretérito, donde creemos se guardan las claves a las preguntas sobre los puntos propuestos en este aporte. En esta indagación nos proponemos una relectura del gran jurista alemán Savigny⁴⁹⁹ en relación a dos conceptos claves en el campo iushistórico como son pueblo y persona.

En la obra “Sistema del Derecho Romano actual” ambos son sujetos activos de derecho, y por tanto, se revela su vínculo con la idea romántica de “espíritu del pueblo”. La obra del maestro encierra en su título la clave de su comprensión del Derecho. Sistema era un orden racional, ordenado de las proposiciones jurídicas, eran de dos tipos las que atribuyen un derecho a un tipo de sujeto y proposiciones que atribuyen características a un cierto tipo de derecho. En tanto el vocablo “sistema” es entendido como estructura orgánica de los principios jurídicos (un sistema basado en el Derecho romano que era el receptado por Alemania desde hacía varios siglos⁵⁰⁰ y la última palabra del título “actual”

⁴⁹⁸ Abogada y Doctora en Historia por la Unicen. Miembro titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHIDE) y de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, investigadora del Instituto de Estudios Históricos y Sociales “Prof. Juan Carlos Grosso” (IEHS-UNICEN).

⁴⁹⁹ Savigny (1779-1861) en 1810 cuando se funda la Universidad de Berlín asume la cátedra de Derecho Romano, su rica obra tuvo dos momentos, el primero en 1814 que se corresponde con la publicación de su obra *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho* y a la fundación del órgano científico de la escuela, la *Revista para la Ciencia Histórica del Derecho*, y otro, hacia el año 1840, en el que comenzó a publicar el *Sistema del Derecho Romano actual*. Fueron dos momentos signados por preocupaciones diferentes, el primero fue esencialmente político en coincidencia con la situación que atravesaba Europa en general y Alemania en particular, y en el segundo, fue inaugurar la corriente de Derecho científico mediante la sistemática y la construcción de un modelo científico.

⁵⁰⁰ La tradición sistemática forma parte de la cultura jurídica germánica de fines del siglo XVIII y principios

describe la idea de presentar este Derecho tal cómo estaba vigente en la tradición viva del Derecho alemán (dejando de lado las instituciones que se habían perdido en la historia) Savigny atravesaba el agitado siglo XIX. Para el maestro, el Derecho existe en el pueblo. El recorrido iushistoriográfico y su análisis de la naturaleza y el carácter de este sujeto individual y colectivo nos interpela a los iushistoriadores. En tanto la existencia de la mutación en las formulaciones, en poco más de ciento cincuenta años desde su publicación en 1845, nos revela la perspectiva de un interés por adentrarse en los contenidos elementales que han desarrollado las teorías sobre el Derecho, en especial quién ha sido y quien es el sujeto de derecho. Esa transición conceptual al lenguaje jurídico actual donde pueblo se diluye y persona se empodera, requiere una reflexión sobre nuestro campo disciplinar: la Historia del Derecho. La centralidad de las definiciones en la obra savigniana y su sentido frente a la idea de hibridez, la mera enunciación y las modalidades deónticas sobre la persona demuestran la lucidez del jurista. Hoy son escasos los trabajos historiográficos acerca de cuestiones vinculadas al pensamiento de este jurista, y podrán ser revisadas para enriquecer las perspectivas, en especial en la construcción de colectivos actuales y de la construcción de la autonomía de la persona como sujeto de derecho⁵⁰¹.

Los conceptos seleccionados pueblo y persona tienen su origen en el mundo griego, pueblo será *demos* y sus acepciones son complejas en tanto elegimos la más clara: el conjunto de ciudadanos en asamblea, mientras persona es *prósopon* en alusión a las máscaras que se usaban en el teatro, esta idea de representación será la que pasa al Derecho cómo idea de representación en los tribunales.

La ausencia de un estudio integral sobre la construcción jurídica de la idea de pueblo podemos encontrarla en forma incipiente en las ideas de Savigny jurista, en tanto la noción de persona y sus despliegues y contextos de protección revela lo complejo de los lazos que se traman históricamente en su definición. Intentaremos resumir nuestra reconstrucción preliminar desde la historia de ambas voces y retomaremos al maestro Savigny con su aporte sobre cómo pensar desde la iushistoria moderna al pueblo y a la persona.

2. La voz pueblo en perspectiva histórica

Las primeras nociones de la voz pueblo en la historia universal hemos dicho que se encuentran en el mundo griego clásico e identifican, asumiendo una simplificación, al conjunto de ciudadanos de una polis, el *demos* se ve atravesado por interpretaciones historiográficas a lo largo del tiempo, para acercarse a una noción asociada a decisiones

del siglo XIX y se remonta a Wolff que en líneas generales seguía la concepción de que el Derecho vigente era expresión del Derecho de la naturaleza.

⁵⁰¹ GONZALEZ LAGIER, Daniel, *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

políticas de un conjunto⁵⁰² restringido de personas, a una tensión social entre facciones aristocráticas dentro del cuerpo de ciudadanos. Pueblo se ha idealizado en diversas mitologías jurídicas, como las llama Grossi: voluntad general, soberanía popular, han perdido su esencia tangible de otrora y hoy resuenan a retórica política⁵⁰³. Dentro de la iushistoria quien rescata la voz pueblo es el maestro de Frankfurt. El Derecho de un pueblo es para Savigny como su arte y su lengua, producto de su espíritu (pueblo casi concebido como individuo en sí mismo) y no puede ser expuesto. Savigny insiste en el elemento histórico y sistemático que son las dos ideas fuerzas de su concepción jurídica. El espíritu del pueblo se convierte en algo concreto, apreciable y estudiable como un todo objetivizado. Savigny dirá al respecto que “*el pueblo como ser individual, sujeto natural y persistente del derecho positivo, no debe restringirse a la reunión de individuos existentes en un misma época: débese por el contrario, considerar al pueblo como una unidad, en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que entrelaza el presente con el pasado y con el porvenir... Esto explica por qué el derecho no depende de la existencia de los individuos, porque las reglas se mantienen y se verifican las transformaciones de aquel*”⁵⁰⁴. Esta postura de Savigny fue criticada por ser meramente descriptiva, por no definir el significado de *Volksgeist* (espíritu del pueblo), ni hacer una valoración de la justicia que se aplicaba al pueblo, la conciencia jurídica popular en la más compleja civilización se transfería a un grupo de técnicos que serían los jueces-juristas.

En tanto se oponía a la idea de un sujeto único de derecho en su época porque percibía las diferencias de las personas. No existe un sujeto universal de derecho porque están los excluidos (podríamos relacionarlo con los grupos vulnerables) el término sujeto es usado sólo como instrumento de igualación y simplificación⁵⁰⁵.

3. La voz persona en perspectiva histórica

La ácida pluma de Clavero es fundamental para seguir el hilo de los momentos históricos en los que el concepto persona fue objeto de polémica creativa o en los que el concepto se asoció a individuo, afectándose igualmente su significado y alcance⁵⁰⁶.

En el Tesoro de la Lengua Castellana de Sebastián de Covarrubias, publicada en Madrid en 1611⁵⁰⁷, el vocablo persona se define así: “*Personae est naturae rationalis individua*

⁵⁰² GALLEGO, Julián-VALDES GUÍA, Miriam, *El campesinado ático y el desarrollo de la democracia ateniense*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2014.

⁵⁰³ GROSSI, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Italia, Dott. A. Giuffrè, 2007.

⁵⁰⁴ SAVIGNY, Federico, *Sistema del derecho romano actual*, T.I., Madrid, Góngora, 1962, pág. 8.

⁵⁰⁵ TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del Derecho*, México, Fondo de Cultura económica, 1995, pág. 50 a 55.

⁵⁰⁶ CLAVERO, Bartolomé, “La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, Teología y Derecho”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 39, N° 1, Italia, Dott. A. Giuffrè, 2010, pág. 2 a 35.

⁵⁰⁷ Se puede consultar en <http://www.cervantesvirtual.com>. Extraído el 3 de julio de 2019.

substantia”. Esta definición, sin embargo, es muy antigua, la produjo Beocio a principios del siglo VI. Está enmarcada en la teología, ya que Beocio le atribuía a una persona dos naturalezas: divina e humana⁵⁰⁸. Si tomamos otra fuente después del transcurso de dos siglos nos encontramos que en su Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, publicado en 1889, don Joaquín Escriche⁵⁰⁹ define la voz persona: *persona en derecho aclarando que nos es lo mismo persona que hombre: hombre es todo ser humano considerado sin respecto alguno a los derechos que la ley garantiza o que niega. Persona es el hombre considerado según el estado del que goza y que le produce ciertos derechos y deberes*. Entre los romanos, que habían consagrado la esclavitud era exacta la distinción, pues el esclavo despojado de toda especie de Derecho, no era realmente persona, sino solamente hombre, ser humano, y aún nada más que cosa, que podía comprarse y venderse como un mueble. Mas entre nosotros no era rigurosamente verdadera semejante diferencia, sino en las colonias, pues no hay quien deje de gozar de algunos derechos. Las personas son el primer objeto de derecho, porque toda ley se ha establecido por causa de ellas, de ahí que los institutistas, siguiendo el orden de Justiniano, tratan primero de las personas, luego de las cosas, y después de las acciones”.

Nuestra interpretación iushistórica revela que no todos los sujetos humanos han sido considerados personas desde el punto de vista del Derecho. Sólo pensar en el mundo antiguo oriental y clásico donde la esclavitud era una institución natural y totalizadora de la vida de las personas sometidas bajo este régimen⁵¹⁰. En nuestra época tras el universalismo de los derechos humanos, todos los hombres son personificados o reconocidos como sujetos de derecho. Debemos en parte a Savigny la idea de sujeto de derecho formulada en el siglo XIX como comunidad de individuos con expectativas de comportamiento dentro del mundo social de su época. Afirmaba el maestro “*no se de ninguna existencia humana completamente individual y separada; antes bien aquello que puede ser considerado como individual, ha de mirarse por otra parte como miembro de un todo superior. Así, es necesario considerar a cada individuo, al mismo tiempo qué como tal, como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado*”⁵¹¹.

Savigny creía que “*en la comunidad donde nace el derecho consuetudinario debemos distinguir dos clases de personas: las unas iniciadas las otras extrañas al conocimiento común del derecho y todas sometidas al imperio de la costumbre*”⁵¹² Su visión social es estamental responde al clima de época que atravesó durante su vida.

⁵⁰⁸ La definición proviene de una respuesta dirigida a Eutico y Nestorio en torno a la fusión de la naturaleza de cristo (hombre y dios). En <http://www.Documentacatholicaomnia.eu>, Patrología latina, Vol. 64.

⁵⁰⁹ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Garnier Hermanos, 1889, pág. 1408.

⁵¹⁰ BRADLEY, Keith, *Esclavitud y sociedad en Roma*, Barcelona, Península, 1998, pág. 13 a 45.

⁵¹¹ SAVIGNY, Federico, en *Presentación de la Revista para la ciencia del derecho desde el punto de vista histórico*, 1815, N.º.1, pág.1.

⁵¹² SAVIGNY, Federico, *Sistema del derecho romano actual*, T.I., Madrid, Góngora, 1962, pág. 30.

4. Por qué rescatar a Savigny

Es a estas alturas sintomático que sea el Derecho el que da sentido a la persona, porque es el punto nuclear dentro del ordenamiento jurídico, en nuestros tiempos cobra actualidad y un interés mayor en el mundo jurídico, ya que ha sido difundida en las constituciones modernas y en las convenciones internacionales de derechos que se reconocen como naturales o inherentes a todo ser humano⁵¹³.

El análisis histórico de estos vocablos es clarificador y a su vez, es un hilo conductor que refleja las transformaciones sociales, políticas y culturales que condujeron a la mutación desde una posición enunciada a una posición de marginalidad, dependencia y explotación de muchas personas en el mundo que transitamos. En este contexto, aunque dentro de ciertos límites, puede la Historia del Derecho proveer de identificaciones de vocablos que en el curso de la historia de Occidente han tenido un protagonismo central. La aparición del individuo, persona, sujeto de derecho, parte de la separación, de la independencia del marco social al que pertenece, se convierte en agente político, se apropia de sentido⁵¹⁴. Ese valor de la vida humana privada adquirirá sentido en la intensidad de las relaciones que entable con la comunidad a la que pertenezca. Es así que el empleo de la primera persona en un texto puede, para el iushistoriador, presentar vértices muy diferentes según sea la naturaleza del documento, no hay significación unívoca. Todo relato histórico encierra su incompletitud, perder de vista que nuestra percepción del complejo presente atraviesa limitaciones. Las teorías sobre el Derecho ordenan, objetivan a la persona y buscan su autonomía y protección, es ahí que pasado, presente y porvenir recuperan sentido.

Y fue a mediados del siglo XIX Savigny quien comienza a hablar de persona para referirse a sujeto de derechos y obligaciones, dando contenido jurídico a un término que no lo tenía. Recuperar sus ideas nos persuade acerca de la vigencia de la Historia del derecho como herramienta en la comprensión de la voz persona.

5. A modo de conclusiones preliminares

Savigny elabora su obra pensando en el espacio público que estaba consolidándose y atraviesa la historia política del siglo XIX europeo. Una ruptura epistémica sin dudas que percibió, no fue elusivo sino describió sus ideas con claridad inclusiva por ello, debemos

⁵¹³ CORRAL TANCANI, Hernán, “El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 17, N° 2, Chile, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1990, pág. 302 a 321.

⁵¹⁴ VERNANT, Jean Pierre, *El individuo, la muerte y el amor*, Buenos Aires, Paidós, 2001, pág. 213 y ss.

valorar su temprana visión: los individuos se darían un derecho. Lo que Hesphana llama “comportamiento corriente”⁵¹⁵ es la antigua costumbre en la que el maestro Savigny veía la fuente esencial del Derecho de todo pueblo. Hemos recorrido un largo camino donde ha quedado un lenguaje hermético en manos de los juristas y donde debemos habitar nuestras mentes para comprender que los saberes críticos, tal como propone la Historia del Derecho hoy en día es fundamental en pos de integrar pasado y presente.

⁵¹⁵ Véase entrevista de 2017 a Manuel Hesphana por Alejandro Agüero (material audiovisual Revista Instituto de Historia del Derecho, 2018).

La marginalización de una mujer en el cuento “Patrón” de Abelardo Castillo

Delbueno, María Silvina⁵¹⁶

Algunos personajes míticos han traspasado las fronteras de la Grecia antigua y siguen subyugando a los lectores de todos los tiempos, quizá por su condición de mayor dramatismo entre las figuras del teatro clásico, como es el caso del personaje de Medea, una mujer y una madre filicida. La protagonista de la tragedia epónima del poeta griego Eurípides presenta aspectos tan polisémicos que su supervivencia en el mundo occidental podría deberse a que si bien la literatura se instaure como ficción, produce efectos de verdad a fin de revelar lo inconfesable. Además, debemos agregar que dicha ficción no sólo se refiere al mundo, sino que está en el mundo, forma parte de él, interactúa con él.

Nuestra investigación está centrada en la recepción del mito de Medea en Argentina. Los diversos significados que puede adquirir el concepto mito, lo inabarcable de su campo, nos lleva a una diversidad de enfoques, entre los cuales acordamos con Carlos García Gual: “los mitos griegos vuelven a nosotros, perviven sueltos o trabados en múltiples relatos, y se prestan a ser recontados, aludidos, y manipulados por la literatura una y otra vez”⁵¹⁷.

Cada época en Argentina interpreta de manera diferente el mito de Medea, ya que presente y pasado están implicados, porque la cultura griega sigue teniendo vigencia en nuestra cultura. El estudio de la recepción clásica no sólo analiza y compara la perduración de los aspectos lingüísticos, teatrales y contextuales del pasado grecolatino, sino que apunta a conocer mejor la cultura en la que se inscribe la obra actual. Optamos por el término recepción y no tradición tal como lo constata De Pourcq: “The term ‘reception’ has been an important shorthand for the resistance within literary studies against uncritical notions of tradition and the classical. [...] That is why the label

⁵¹⁶ Profesora en Letras, Especialista en alfabetización académica, Magíster y Doctoranda en Letras por la Universidad Nacional de La Plata. Profesora Asociada regular en la Facultad de Derecho-UNCPBA. Profesora Adjunta regular en la Facultad de Agronomía-UNCPBA. Directora del Proyecto de Extensión Universitaria: “La realidad de las mujeres filicidas de la Unidad penal N° 52 del Partido de Azul” radicado en la Facultad de Derecho y en la unidad carcelaria. Ha publicado libros académicos y numerosos artículos científicos en revistas nacionales e internacionales de su especialidad.

⁵¹⁷ GARCÍA GUAL, Carlos, “Sobre la interpretación literaria de mitos griegos: ironía e inversión del sentido”, en *Sin fronteras: Ensayos de Literatura Comparada en homenaje a Claudio Guillén*, Villanueva, D, Monegal, A. y Bou.E, (Edit.), 1999, págs.183-94.

‘classical receptions’ was coined at the end of the 1990s in order to replace the older concept of ‘the classical tradition’ [‘Tradition, as Highet also pointed out, refers to the Latin *tradere*’ which means ‘handing down to posterity’. The word ‘reception’, on the other hand, refers to the act of receiving. The focus is no longer on the lasting influence of the ancient source but on the different meanings, functions and forces an ancient element acquires at the moments of reception”⁵¹⁸.

Las apropiaciones de las que ha sido objeto el mito de Medea entre los años 1967 y 2018, en el espacio geográfico de Argentina, nos han permitido estudiar y replantear la dialéctica entre el mundo masculino y el mundo femenino en nuestra literatura como una manera de otorgar nuevos sesgos al mundo antiguo y de indagar el mundo actual. Por ello, la frontera espacial esbozada en la tragedia griega entre dos territorios, la Cólquide natal de Medea frente a la tierra extranjera de Corinto se recepciona en el cuento de Abelardo Casillo dentro del mismo territorio argentino, a partir del trazado de un alambrado que divide la pertenencia de un patrón, la estancia La Cabriada y las hectáreas de campo frente a la peonada. El antagonismo en esta frontera resulta visceral, pues está propuesto desde el interior del trazado geográfico-político de la pampa y, a pesar de las diferentes identidades de los habitantes que pueblan el territorio de un mismo estado, todos comparten una misma nacionalidad.

Ya desde la tragedia del clásico Eurípides estrenada en el 431 a.C, Medea encarna a una mujer herida, marginal, transgresora, masculinizada en las expresiones de violencia, que pierde su territorio, es decir, el lugar que ha habitado en el pasado y el que habita en el presente de la acción dramática, y por ello, hiere con una crueldad tan humana como indescriptible en un contexto al cual no se puede ajustar. El conflicto trágico entre la ley del estado, por un lado, y el derecho (conflicto) de familia, por el otro, es el que prima en este controvertido personaje como marco general de los rasgos de violencia.

Si nos detenemos en el sema “violencia”, éste aparece como un desborde, una fuerza extrema, excesiva, inseparable de lo humano, en la que el furor, el padecimiento, la desesperación, la locura, se hallan involucrados. Liddell-Scott ya ha dado cuenta del término *hybris* como sinónimo de violencia⁵¹⁹. Por su parte, Robert Wolff lo describe como: “Strictly speaking, violence is the illegitimate or unauthorized use of force to effect decisions against the will or desire of others”⁵²⁰.

La violencia atraviesa la literatura argentina en general y la obra motivo de análisis, en particular, puesto que como afirma Josefina Ludmer: La literatura y la realidad se tocan en los signos femeninos de las que matan. Pero la realidad de la literatura dice más que cierta realidad que funciona como su correlato directo, porque las que matan en

⁵¹⁸ DE POURCQ, Maarten, “Classical Reception Studies: Reconceptualizing the Study of the Classical Tradition”, in *The International Journal of the Humanities* 9.4, 2012, págs 220-221.

⁵¹⁹ LIDDELL, H. G & SCOTT, R, *Greek-English Lexicon*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

⁵²⁰ WOLFF, Robert Paul, “On Violence”, in *Journal of Philosophy*, 66:19, 1969, págs.601-606.

los cuentos encadenados no solo actúan la pasión femenina desencadenada en la realidad del crimen doméstico, sino que además parecen condensar todos los delitos femeninos en el campo de lo simbólico (diferentes de los delitos del sexo-cuerpo de las mujeres víctimas)⁵²¹.

La violencia en “Patrón” de Abelardo Castillo se derrama en múltiples planos entre los que hallamos planteada preponderantemente la marginalidad genérica femenina. El cuento de este autor argentino (1935-2017) inserto en la pampa y en un lapso de tiempo que podría extenderse desde la época de la Conquista del desierto (1874-1880) hasta nuestros días, recupera de alguna manera el mito de Medea a partir de su protagonista Paula, especialmente en la secuencia final del flicidio.

Por un lado, hallamos en este cuento a una mujer pobre, en soledad, una padeciente y una desprotegida en la que subyace la venganza genérica femenina hacia el hombre por su crueldad extrema en el maltrato y en la marginalización al que éste la somete. Es decir, la crueldad del hombre se despliega tanto en la esfera pública del otro social, manifiesta en la conducta feral hacia los peones, como en la esfera privada de su esposa Paula quien será castigada en expresiones de violencia plurales. Cíclicamente la mujer tomará venganza. Por otro lado, hallamos ya en la instancia final el abandono materno al hijo recién nacido y la presumible inmediatez de su muerte.

Como lo hemos anticipado, podríamos esbozar varios planos sobre los que se estructura esta obra cuya titulación recae en la delimitación de la función del hombre como patrón, estanciero, y no sobre el personaje femenino claramente obliterado.

La violencia conforma el plano troncal que entrecruza toda la obra. Dicha violencia se constata en la posesión de una joven mujer, prácticamente una adolescente por un hombre mayor a ella en unos cuarenta y tantos años que deviene de un acto de violencia menor, enmascarado, dentro del mismo ámbito genérico femenino. Se trata de la “entrega” de la abuela a su nieta Paula al mejor postor, la entrega de esta joven de dieciséis o diecisiete años opera a modo de intercambio: “[...] -la abuela no sabía muy bien; tampoco sabía muy bien cómo hacer para disimular el asombro, la alegría, las ganas de regalar, de vender a la nieta. [...]”⁵²². A partir de esta unión, la abuela cancela, a modo de agradecimiento-trueque, la deuda adquirida para con el patrón ya que éste sostuvo a ambas desde la muerte del padre, un puestero de la estancia, luego del incendio del 30. Esta fecha constituye el único dato temporal presente en el cuento. Entonces este matrimonio porta desde el ámbito genérico femenino la cancelación de una deuda pero además desde el ámbito genérico masculino de Antenor Domínguez porta la necesidad de descendencia: “-Quiero casarme con su nieta-[...] Se me ha dado por tener un hijo, sabes. [...]Mucho para que se lo quede el gobierno, y muy mío”⁵²³. De esta manera, la

⁵²¹ LUDMER, Josefina, *El cuerpo del delito. Un manual*, Buenos Aires, Eterna cadencia, 2011, págs.383-384.

⁵²² CASTILLO, Abelardo, *Cuentos Completos*, Alfaguara, Buenos Aires, 2018, pág. 137.

⁵²³ CASTILLO, Abelardo, *Cuentos Completos*, Alfaguara, Buenos Aires, 2018, pág. 133.

posesión femenina parecería ser extensiva de una posesión anterior, la posesión de la tierra. Unos meses después se celebra el matrimonio que no parece ajeno a las miradas inquisidoras del otro social, la peonada.

Una vez instalados en la estancia el patrón renueva el imperativo de la descendencia que se condice con la virilidad antes demostrada durante el festejo de bodas. “Todo lo que quiero es mujer en la casa, y un hijo, un macho en el campo- [...] –Todo va a ser para él, entendés. Y también para vos. Pero andá sabiendo que acá se hace lo que yo digo, que por algo me he ganao el derecho a disponer.-[...]”⁵²⁴. Esta situación trae aparejada el silencio casi permanente que sostiene esta mujer frente al mandato imperativo de un hombre extremadamente cruel. Las expresiones de violencia masculinas, tanto verbales como físicas, comienzan a hacerse manifiestas desde el primer encuentro. Por tal motivo, la esposa adquiere la cosificación a escala de objeto destinado a la procreación para Antenor: “Vení a la cama [...] No la consultó. La tomó, del mismo modo que se corta una fruta del árbol crecido en el patio.[...] La cortó”⁵²⁵

El segundo plano estaría conformado por el eje temporal, pues el presente se halla imbricado en el pasado inmediato de manera permanente. Recordemos que la pieza comienza cuando la vieja Tomasina, la partera, anuncia a Paula su embarazo, luego de más de tres años de espera. La finalización del cuento está trazada con el abandono de padre e hijo recién nacido y concuerda con la escena final de la tragedia griega en que la mujer abandona a Jasón llevándose consigo a sus hijos muertos por la mano filicida. Desde un pasado anterior a la acción de los hechos, la posesión del territorio obraría como tercer plano, conformado por la estancia y varias hectáreas de campo adquiridas por el hombre de manera sombría: “[...] Porque el trato era “hasta que amanezca”, y él estaba acostumbrado a estas cláusulas viriles, arbitrarias⁵²⁶.

Si volvemos la mirada hacia el mito griego, recordemos que la protagonista eurípidea se constituyó en una transterrada, en una mujer que abandonó su tierra de Cólquide y no pudo insertarse en la tierra griega de Corinto, tierra de Jasón. Contrariamente en el caso de Paula, su tierra de origen y pertenencia lo conforma el territorio de la pampa argentina ya que, al parecer, ha nacido en él. Sin embargo, en el momento de haberse concertado el matrimonio, pierde su lugar de pertenencia en el puesto que compartía junto con su abuela, una nodriza al modo griego, y pasará a formar parte del territorio que domina el patrón, en la vieja casona, que significará la posesión de todo cuanto pertenece a Antenor: “[...] estaba acostumbrado a entender suyo todo lo

⁵²⁴ CASTILLO, Abelardo, *Cuentos Completos*, Alfaguara, Buenos Aires, 2018, pág. 135.

⁵²⁵ FEMENÍAS, María Luisa, *Violencias cotidianas (en las vidas de las mujeres) Los ríos subterráneos*. Vol 1, Rosario, Ediciones prohistoria, 2013, p.134, sostiene: “[...] Las mujeres son “objetos” de posesión de los varones, valiosas en tanto “objetos” intercambiables y de uso, pero que las mantiene al margen de la calidad de sujetos-agente [...]”

⁵²⁶ CASTILLO, Abelardo, *Cuentos Completos*, Alfaguara, Buenos Aires, 2018, pág. 135.

que había de este lado de los postes y del alambre [...]”⁵²⁷. Por ello, hallamos en Paula a una mujer sin territorio, primer punto de encuentro con Medea de Eurípides.

Directamente relacionado con este plano, podemos hallar el cuarto plano, el socio-económico: el poderío del hombre más adinerado del partido frente a Paula, una desprotegida, la hija del puestero. Entonces la mejor o única opción para una joven carente de todo se conforma en la posibilidad de un matrimonio conveniente.

Finalmente, el quinto plano, como todos los anteriores, aparece signado por la violencia e involucra la transformación de una mujer aporética, sin salida, en una mujer que deviene vengativa y filicida.

Ahora bien, la mujer maquina la venganza contestataria por los reiterados maltratos recibidos. Dicha venganza se hace efectiva en el momento en que nace el hijo de ambos, la mujer encierra y abandona al padre, en el presente de la acción inválido y carente de voz, junto al niño. Si bien la casi inmediata muerte de ambos, en particular la del pequeño no resulta traumática, igualmente podemos calificarla de filicida. Ello significa el segundo punto de encuentro de esta obra con la Medea de Eurípides.

A modo de conclusión

En esta pieza la violencia genérica masculina se imprime sobre la femenina. Por consecuencia, al igual que el patrón tomó posesión del territorio toma posesión de la mujer, como prolongación y sinonimia de la fertilidad de la tierra. La diferencia estriba en que la posesión femenina se aviene con la legitimación de un matrimonio, en tanto que la posesión de la tierra resulta turbia y no legitimada: [...] los más suspicaces, aseguraban que el hombre caído junto al mostrador del Rozas tenía algo que ver con ese trato [...]”⁵²⁸.

El espacio que habita esta Medea argentina ha sido cercado por la tranquera y el alambrado que tensó la mano de Antenor, y si bien estos elementos campestres permitirían comunicar los espacios, el afuera del campo y el adentro de la vieja casona, ello no es posible pues Paula comienza a afianzar por su condición matrimonial una situación de aporía, sin salida y de marginalidad creciente. Entonces la mujer deviene una cosificación que forma parte del territorio conquistado por este hombre y cuya única función es la de darle un hijo, un heredero de la tierra.

Como consecuencia de la crueldad sin límites del hombre, la mujer adquiere la expresión contestataria de la violencia del abandono.

Cabe destacar que a lo largo de todo el cuento, la protagonista alude al hijo que nacerá en invierno como “el chico” pues no lo reconoce como propio sino como

⁵²⁷ CASTILLO, Abelardo, *Cuentos Completos*, Alfaguara, Buenos Aires, 2018, pág. 3.

⁵²⁸ CASTILLO, Abelardo, *Cuentos Completos*, Alfaguara, Buenos Aires, 2018, pág. 3.

producto de las reiteradas violaciones que soportó.

Una vez nacido este hijo, la mujer decide la venganza en el castigo del hombre y en el posterior abandono de ambos, padre e hijo. El castigo será cumplido cuando Antenor vea morir al niño en sus manos, toda la verdadera trama de su matrimonio.

La mujer ha consumado el filicidio en primera instancia y el asesinato por abandono de persona en su esposo, en segundo término.

Creemos que este cuento mantiene dos puntos de encuentro respecto de la tragedia griega. En primer término, hallamos a una mujer carente de territorio, marginal, desprotegida y, en segundo término hallamos a una mujer vengativa y filicida. Es decir, en primer lugar, Paula habita el territorio de la pampa argentina pero sin embargo, desde el momento en que aparece pactado el matrimonio con Don Antenor, deja su pertenencia identitaria del puesto para vivir en la estancia. Ese traspaso tiene como correlato la pérdida de su territorio, pues “de este lado del alambre” significa la posesión de todo cuanto pertenece al patrón.

En segundo término, la mujer argentina asume el filicidio, el mayor acto de violencia contestatario a los múltiples actos de violencia a los que estuvo sometida por parte de su marido y patrón.

Esta obra resulta un reflejo del camino recorrido en estos 20 años. En sus páginas, conviven quienes como formadores, materializaron el ideal de la enseñanza del mundo jurídico en el Centro de la Provincia de Buenos, con aquellos que encontraron en la Facultad de Derecho de la UNICEN un espacio de formación para la construcción de un conocimiento plural, humanista y en permanente e inescindible vinculación con las necesidades sociales.



EDITORIAL
AZUL



ISBN 978-950-9516-43-4

9 789509 516434