
ACTAS

IV JORNADAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIA JURÍDICA

2021



Compilador: Ezequiel Valicenti



EDITORIAL
AZUL



FACULTAD DE
DERECHO
UNICEN



Edición: Editorial Azul S.A.

Diseño Editorial: Antonella Scavuzzo

www.editorialazul.mercadoshops.com.ar

ventas.editorialazul@gmail.com

Actas IV Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica 2021
Eduardo Esteban Magoja ... [et al.] ; compilación de Ezequiel Valicenti.
- 1a ed - Azul : Del Azul, 2022.
Libro digital, PDF - (Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica ; 4)

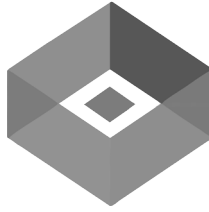
ISBN 978-950-9516-64-9

1. Derecho. 2. Actos Jurídicos. I. Magoja, Eduardo Esteban. II. Valicenti, Ezequiel, comp.
CDD 340.072

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

ACTAS
IV JORNADAS
DE INVESTIGACIÓN
EN CIENCIA JURÍDICA
2021





ÍNDICE

Presentación	9
Filosofía y Teoría General del Derecho	
Magoja, Eduardo - <i>El problema del doble carácter de la equidad en teoría de la justicia de Aristóteles</i>	13
Merino Calle, Irene - <i>Pluralismo jurídico como presupuesto de base del Derecho Internacional Privado. Breves consideraciones teóricas</i>	23
Morgan, Emilio - <i>La constitucionalización de derechos y el control judicial de constitucionalidad. Un abordaje epistemológico desde el concepto de democracia deliberativa</i>	41
Zabalza, Guillermina - <i>Interrupción voluntaria de la vida</i>	51
Derecho Internacional Público y Derechos Humanos	
Achaga, Facundo M. - <i>Normalidad y excepción. Estándares Internacionales para la adopción de medidas en situaciones de emergencia</i>	67
Aladro, Almendra - <i>¿Será ley? Desafíos de la IVE a partir del estudio del acceso al derecho a la ciudad de las mujeres del barrio Nuevo Golf de la ciudad de Mar del Plata</i>	79
Buis, Emiliano - <i>Cómo interpretar? Las obligaciones de la Convención de Ottawa y su tratamiento jurídico en la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia</i>	89
Gándara Sica, Fermín - <i>Buenas Prácticas Agrícolas como herramienta para la consecución de los objetivos del desarrollo sostenible número 2 Hambre Cero y número 12 Producción y Consumo Responsable</i>	109

Islas, Nicolás - <i>El convenio 190 ¿Oportunidad de cambio cultural?</i>	123
Lloret, Elsa y Arrouy, Pedro - <i>El derecho a la educación en tensión. La situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</i>	133
Mora Cuervo, Ruth - <i>Política pública y empoderamiento económico de las mujeres: un análisis de derechos humanos para Colombia y Argentina</i>	149
Noseda, Paula y Ciuffardi, C. Francesca - <i>Sobre la necesidad de establecer líneas de base para prevenir, cuantificar y/o recomponer el daño ambiental: el caso de la cuenca del arroyo Azul</i>	165
Soto Pineda, Alfonsina y Lospinoso, Camila - <i>El impacto acumulativo en las condiciones de reclusión</i>	179

Derecho Privado

Di Paula, Humberto y Girardi, Natalia - <i>Algunas consideraciones sobre la prescripción adquisitiva breve</i>	193
Girado, Santiago - <i>Los tratados de la OIT y el pago en forma de renta derivado de accidentes de trabajo u enfermedades profesionales</i>	207
Lapenta, Lucía; Rodríguez Cracco, Beatríz; Vazzano, Florencia - <i>La hipervulnerabilidad de las personas mayores en la relación de consumo. Recepción jurisprudencial reciente</i>	219
Valicenti, Ezequiel - <i>Derecho privado, pobreza y consumo. Una agenda inicial de problemas</i>	233

Derecho Penal y Criminología

Borhiry, Stefania - <i>Artículo 120 del Código Penal Argentino: del estupro al aprovechamiento de la inmadurez sexual. ¿Un verdadero cambio de paradigma?- La relevancia de trabajar con perspectiva de género</i>	259
Nogueira, Gonzalo - <i>Criminología desde un margen. Aproximación a la convict criminology en una cárcel bonaerense</i>	275
Palacios, Leonardo - <i>El impacto del Juicio por Jurados en la formación académica</i>	293

IV Jornadas de Investigación en ciencia jurídica
Facultad de Derecho (UNICEN) – Azul, 24 y 25 de junio de 2021

Comité Científico

Laura Giosa (CEIPIL-UNICEN)

Santiago Duhalde (CIEP-CONICET-UNICEN)

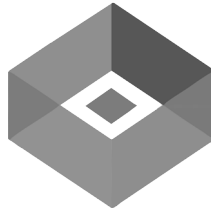
María Paz López (CEIPIL-UNICEN)

Fernando Ronchetti (CIEP-UNICEN)

Victoria Schiro (IEJUS-UNICEN)

Compilación de las Actas

Ezequiel Valicenti (IEJUS-UNICEN)



PRESENTACIÓN

Las IV Jornadas de Investigación se desarrollaron en junio de 2021 de manera virtual. Nos privamos del encuentro presencial, pero a cambio ganamos un intercambio mucho más amplio y participativo, no sólo entre quienes presentaron y defendieron sus ponencias, sino con quienes asistieron a las Jornadas a conocer esas presentaciones. El crecimiento que cada año tiene el evento se aprecia, no sólo en el incremento de ponentes, sino en la calidad de las presentaciones y en la diversidad territorial desde la que proceden sus autores y autoras. Con orgullo podemos ahora decir que las Jornadas son federales y que incluso dan lugar a la participación de investigadores e investigadoras de otros países Iberoamericanos.

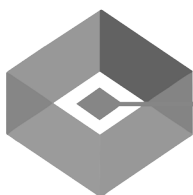
Las Actas que aquí presentamos permiten que nuevos lectores y lectoras accedan a los trabajos presentados en las Jornadas dando lugar, quizás, a un diálogo silencioso con el/la autor/a. Con el paso de los años, la serie de Actas de las Jornadas va formando un *corpus* que contribuye a la comunicación y a la difusión de las investigaciones.

Como todos los años, el primer agradecimiento es para los/as docentes, investigadores y becarios/as que compartieron durante el evento sus avances o resultados de investigación. La comunidad académica de la Facultad de Derecho contribuye anualmente, desde diversos lugares, para que las Jornadas sean posibles. Y Editorial Azul concreta, año a año, un trabajo editorial de excelencia con la preparación de estas Actas. A todos y a todas, nuestro más sincero agradecimiento.



FILOSOFÍA Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

El problema del doble carácter de la equidad en teoría de la justicia de Aristóteles



Eduardo Esteban Magoja

(UBA)

Resumen

En su desarrollo de la justicia, Aristóteles (EN V.10) precisa el significado de la virtud de la equidad (*epiēikeia*) y la caracteriza tanto como un criterio de interpretación de la ley como así también una actitud moral del juez. En cuanto criterio jurídico, el magistrado utiliza la utiliza como una directriz interpretativa que, frente a la insuficiencia de la ley escrita, orienta y define el modo en que debe proceder en la resolución del conflicto jurídico. En cuanto actitud moral, la equidad supone una buena disposición a velar por la realización de la justicia de acuerdo con un análisis que ponga en correspondencia la norma con los hechos bajo la dirección de la sabiduría práctica (*phronesis*).

Ahora bien, la literatura especializada ha visto que en dicha teoría cohabitan dos significados distintos de la equidad que estaban presentes en el imaginario social ateniense: por un lado, la equidad en cuanto habilidad de interpretar y corregir la ley escrita y, por el otro, en cuanto calificación del hombre comprensivo que tiene la tendencia a practicar la gracia, la indulgencia y el perdón (Dirmeier, 1965; Gauthier & Jolif, 1970; Horn, 2006). También se ha llegado a afirmar que existe una falta de correspondencia entre ese sentido legal de la equidad y aquel de carácter sentimental, sin que exista ningún tipo de comunicación entre ellos (Gergioadis, 1987).

Frente a este tipo de lecturas, el propósito del trabajo es demostrar cómo Aristóteles combina ambos sentidos en una interpretación que logra man-

tener la institución dentro del dominio del derecho, más precisamente en la transición de la justicia legal a la determinación de la justicia en el caso concreto. Así, se puede decir que el Estagirita tiene el mérito de unificar diferentes tradiciones que le fueron legadas y ofrecer una teoría que, si bien al interior puede presentar cierta tensión, logra mantener una fuerte coherencia interna.

1.- Introducción

La práctica del derecho presenta una tensión inmanente que se traduce en las dicotomías normas generales/normas particulares, creación de leyes/aplicación de leyes, actividad legislativa/libertad interpretativa del juez. Al interior de la propia administración de justicia, las dicotomías expresan el problema de la racionalidad de la decisión judicial, consistente en que en la aplicación del derecho vigente se asegure simultáneamente la seguridad jurídica y la corrección normativa (Habermas, 2010: 267-268). Tal cuestión plantea la pregunta acerca de cómo debe ser la actividad judicial frente a lo dispuesto por el legislador en sus leyes.

El pensamiento griego antiguo no estuvo ajeno a las preocupaciones que genera la tensión legislación/jurisdicción. En particular, de los grandes filósofos fue Aristóteles quien se ocupó de reflexionar sobre el problema al teorizar acerca de la equidad o *epiēkeia* (ἐπιείκεια), la cual recibe su mayor desarrollo en *Ética Nicomaquea* (V.10) —reproducido en *Ética Eudemia* (IV.10)—, una exposición más reducida en *Retórica* (I.13.3) y en *Magna Moralia* (II.1), y unas breves referencias en *Política* (1287a27-28) y en *Tópicos* (141a15-18). En líneas generales, Aristóteles sostuvo que la ley (*nómos*) debe ser soberana en todos los aspectos generales de la vida comunitaria y los jueces tienen que ocuparse de los casos particulares y que, cuanto en esta tarea la ley no regula con corrección el asunto o presenta directamente un vacío, ellos deben rectificarla mediante un movimiento que concilie la justicia legal con la justicia absoluta.

Ahora bien, la literatura especializada ha visto que en dicha teoría aristotélica cohabitan dos significados distintos de la equidad que estaban presentes en el imaginario social ateniense: por un lado, la equidad en cuanto habilidad de interpretar y corregir la ley escrita y, por el otro, la equidad en cuanto calificación del hombre comprensivo que tiene la tendencia a practicar la gracia, la indulgencia y el perdón (Dirmeier, 1956: 584; Gauthier y Jolif, 1970: 432-433; Horn, 2006: 143). También se ha llegado a afirmar que existe una falta de correspondencia entre sentido legal de la equidad y el sentimental, sin ningún tipo de comunicación entre ellos (Gergioadis, 1987: 165).

El propósito del trabajo es demostrar cómo Aristóteles combina ambos sentidos en una interpretación que logra mantener la institución dentro del dominio del derecho, más precisamente en la transición de la justicia legal a la determinación de la justicia en el caso concreto. Así, se puede decir que Aristóteles tendría el mérito de unificar diferentes tradiciones que le fueron legadas y ofrecer una teoría que, si bien al interior puede presentar cierta tensión, logra mantener una fuerte coherencia interna.

En lo que respecta a la estructura del trabajo, este tiene dos grandes partes: en la primera desarrollaremos la teoría de la equidad; en la segunda, veremos la doble naturaleza del concepto para luego, demostrar que, antes que contradicción, se mantiene una coherencia interna.

2.- La *epieikeia* como corrección de la justicia legal

En el libro V.10 de *Ética Nicomaquea* —la obra que nos servirá de guía para nuestro desarrollo—, Aristóteles intenta precisar los significados de “equidad” (*ἐπιεικείας*) y “equitativo” (*ἐπιεικοῦς*), y cuál es la relación de la equidad con la “justicia” (*δικαιοσύνην*) y de lo equitativo con “lo justo” (*τὸ δίκαιον*). En este marco, advierte una dificultad (*aporía*) en cuanto a la elucidación del concepto de *epieikeia*. A veces se admite en la equidad un valor digno de elogio, al punto tal que lo equitativo (*epieikés*) se utiliza como sinónimo de bueno (*agathós*); pero, al mismo tiempo, otras veces se reconoce que la equidad se diferencia de la justicia, lo cual resulta un tanto extraño, pues, si son diferentes, significa que lo justo no es bueno o que la equidad no es justo. El asunto presenta cierta paradoja: si la equidad y la justicia se distinguen en género, entran en conflicto, y, si ambos son buenos, entonces son la misma cosa (1137a34-b5).

Sin embargo, según Aristóteles todas estas consideraciones tienen su cuota de verdad, pues lo equitativo, si bien es mejor a cierta clase de justicia, sigue siendo justo y aun así no se trata “de otro género” (*ἄλλο τι γένος*) (1137b9). Dicho de otro modo, la equidad no es algo que está más allá de los contornos de la justicia. Tanto la justicia legal como la justicia según la equidad (la corrección de la anterior) son dos especies de justicia dentro del género (Vega, 2014: 118). Lo que sucede es que lo equitativo es justo, pero no lo justo de acuerdo con la ley, sino “una corrección de la justicia legal” (*ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου*) (1137b12-13). Esta es su *differentia specifica*. Se trata, pues, de un acto segundo que rectifica, complementa y suplementa la primera parte de la justicia concebida en la letra de la ley (Horn, 2006, p. 142).

La corrección de la equidad tiene lugar en virtud de las dificultades que presenta la naturaleza del *nómos* y la de los asuntos prácticos. En efecto, mientras que la ley tiene carácter “universal” (καθόλου) y regula de forma general las conductas que satisfacen determinadas características genéricas, la acción humana es cambiante, contingente e imprevisible (1137b13-14). En tal sentido, la relación que guarda el plano normativo y el fáctico puede tener algunos problemas, pues los casos particulares en ocasiones presentan circunstancias especiales que nunca hubieran podido ser previstas en las normas. La aplicación mecánica de la ley, entonces, es insuficiente para resolver el conflicto con verdadera justicia. Este problema no es algo que desconozca el legislador. Como explica Aristóteles, la ley abarca lo máximo posible sin ignorar que esto es erróneo y “no es por eso menos recta” (ἔστιν οὐδὲν ἥττον ὀρθός). El error no reside en las leyes ni en el autor de la norma, sino “en la naturaleza de la cosa” (ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματός) (1137b). Desde el principio, la materia de los asuntos prácticos solo permite mostrar la verdad (ἀληθείας) esquemáticamente y en líneas generales, pues se trata de “cosas que se producen en la mayoría de los casos” (περὶ τῶν ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ) (1094b21). No hay posibilidad alguna, pues, de que ofrezca una precisión completa (Shiner, 1994:1257).

Según la virtud judicial de la equidad, cuando el legislador se expresa de forma incompleta o yerra por hablar en general, es correcto corregir lo que falta y lo que aquel hubiese dicho en el caso particular si estuviese presente y hubiese legislado de saberlo (1137b19-24). En tal sentido, la equidad consiste principalmente en el ejercicio de la inteligencia práctica de un juez para “ajustar” o “adecuar” las leyes universales a situaciones particulares (Zahnd, 1996: 280). Dicho con las palabras de Beaver (2004: 35), mediante la *epiíkeia* se realizan los juicios morales que se requieren para reconciliar la justicia legal con la justicia absoluta y llenar, de este modo, el vacío que existe entre ambas.

Queda claro que es en el momento de interpretación y aplicación de las leyes en donde la equidad se muestra superior a la justicia que tiene como raíz la ley, ya que en esta instancia se puede rectificar la norma y suplir sus deficiencias. Esto es posible porque quien aplica la norma general no tiene que limitarse solo a lo que ella dispone en su letra, sino que puede valorar en detalle el caso particular y sus características especiales. Lo que hace es amoldar la ley a la realidad, de forma tal de realizar la justicia en cuanto valor sustantivo que estructura el régimen constitucional.

El hombre *epiíkés* es quien sabe alcanzar, mediante un ejercicio intelectual virtuoso, una “comprensión” (γνώμη) de la propia condición humana, las debilidades que caracterizan a las personas y los infortunios a los que está

atado. En este orden de ideas, Sinnott (2007) explica que *“la equidad supone, pues, una sensibilidad hacia lo que es justo (y al mismo tiempo hacia el otro, hacia el semejante), que está emparentada con la prudencia y es afín a ésta en la medida en que es ella misma de índole prudencial y no «técnica». Tal sensibilidad se halla, según Aristóteles, en la base de la hermenéutica legal correcta, opuesta a la visión estática del juez que se aferra al sentido literal de las leyes”* (xlvi). El juez *epieikés* expresa una fuerte comprensión por lo que le pasa aquel que es juzgado y se pone en su lugar. Sin esta actitud no sería posible que se oriente hacia el perdón o mitigue la excesiva dureza de la ley. La mejor acción, aquella que en términos axiológicos posee mayor valor moralmente, requiere de esa actitud.

3.- La doble naturaleza de la equidad

Según lo expuesto se advierte que la equidad tiene un doble carácter: es tanto un criterio de interpretación de la ley como así también una actitud moral del juez. En cuanto criterio jurídico, el magistrado utiliza la equidad como una directriz interpretativa que, frente a la insuficiencia de la ley escrita, orienta y define el modo en que debe proceder en la resolución del conflicto jurídico. En cuanto actitud moral, supone una buena disposición a velar por la realización de la justicia en el caso concreto de acuerdo con un análisis que ponga en correspondencia la norma con los hechos bajo la dirección de la sabiduría práctica.

En rigor, en la teoría aristotélica de la equidad hay una simbiosis entre un sentido más jurídico, ligado al acto de interpretación de la ley, y un carácter moral de aquel que practica la equidad (Sucre, 2013:13). Esto resulta una novedad en la historia de las instituciones jurídicas griegas. Aristóteles tiene el mérito de unificar diferentes tradiciones que le fueron legadas en materia de equidad. En efecto, como hemos anticipado en la introducción, varios especialistas han señalado que en el texto aristotélico cohabitan dos significados distintos, y hasta contradictorios, que estaban presentes en el imaginario social ateniense: por un lado, la equidad en cuanto habilidad de interpretar y corregir la ley escrita y, por el otro, la equidad en cuanto calificación del hombre comprensivo que tiene la tendencia a practicar la gracia, la indulgencia y el perdón. Se trata, para decirlo en términos de Bruschi (1996: 119), de un sentido “estrecho” de equidad que es determinado por su relación con la justicia y un sentido “amplio” que hace referencia a una cuestión más amplia de aprobación y que, como tal, es sumamente vago e indeterminado. El problema con el que Aristóteles abre su desarrollo de la equidad en *Ética Nicomaquea* (V. 10) justamente se produce por esta combinación de sentidos.

La *epiēikeia* era para los griegos uno de esos tipos de conceptos de carácter confuso, que permite usos distintos e incluso abusos (Perelman, 1978). La etimología del término da cuenta de una semántica densa y compleja, en la que se fueron articulando diferentes connotaciones. En efecto, *epiēikeia* se conecta con *eikós* (ἐῖκός), participio de la forma verbal *ēoika* (ἔοικα), que significaría “lo plausible” o “lo adecuado”. Esto explicaría el sentido de equidad como la formulación de un juicio razonable, conveniente y moderado de acuerdo a las circunstancias del caso. Sin embargo, como explica Nussbaum (1993: 86), su significado original fue complementado con una derivación del término *eiko* (ἔικω), que significa “ceder”, “dejar paso” o “apartarse”. Así, la especialista estadounidense dice que “incluso al escribir la historia del término los pensadores griegos descubren una conexión entre el juicio apropiado y la indulgencia”.

Este solapamiento de significados, lejos de darle un carácter rígido o estático a su contenido semántico, lo hace frágil a un uso sumamente variados en lo que se refiere a las instituciones jurídicas y la normatividad social en general. Dicho de otro modo, durante el siglo IV a. C., cuando Aristóteles formuló su pensamiento, la *eipiēikeia* era un concepto que fue articulando en su campo semántico un tejido de sentidos que se anudaron unos con otros y que no necesariamente estaban en armonía. Es el resultado de una pluralidad de experiencias históricas, discursos, perspectiva y cosmovisiones incluso distintas que, aunque condensadas en un mismo lugar, no dejan de exhibir una tensión. Una tensión que justifica su carácter plurívoco.

Las fuentes anteriores a Aristóteles dan varios ejemplos de cómo el concepto de equidad se movía semánticamente de un lado a otro, desde formar parte de los dominios del derecho hasta salir por completo de su órbita e incluso oponerse a la justicia. La primera mención del concepto, que muestra un carácter moral que trastoca el normal desarrollo de prácticas regladas, se da en *Iliada* de Homero. Más precisamente, se trata de un problema en el campo de la justicia distributiva (Brunschwig, 1996: 121). En efecto, en los versos 536-538 del canto XXIII, que describe los juegos fúnebres en honor a Patroclo, Aquiles decide darle, conforme lo que es *epiēikés* (ἐπιεικὲς), el segundo premio a Eumelo en la carrera de carros, cuando en realidad había quedado en último lugar. El argumento del hijo de Tetis por el cual justifica semejante decisión es que Eumelo era el mejor y que había quedado en esa posición por un accidente con sus caballos.

En Heródoto (3.53.4) la hermana de Licofrón, en una sentencia que marca una clara contraposición entre legalidad y equidad, dice que “muchos

anteponen a la estricta justicia anteponen la equidad más moderada” (πολλοὶ τῶν δικαίων τὰ ἐπιεικέστερα προτιθεῖσι). Gorgias (DK B6), refiriéndose a los atenienses, destaca que con frecuencia preferían “la indulgencia de la equidad a la presunción de la legalidad” (τὸ πρῶτον ἐπιεικὲς τοῦ αὐθάδους δικαίου) como así también “la corrección del razonamiento al rigor de la ley” (νόμου ἀκριβείας λόγων ὀρθότητα). Sófocles sigue con este juego de oposiciones en el fr. 770, en el cual dice que “al lado de una divinidad tal habrás de llegar... que ni lo equitativo y el agradecimiento conoce, sino que solo ama la pura y simple justicia” (πρὸς δ’ οἷον ἤξεις δαίμον’ ἴως ἔρωτα† ὃς οὔτε τοῦπιεικὲς οὔτε τὴν χάριν οἶδεν, μόνην δ’ ἔστερξε τὴν ἀπλῶς δίκην). También dentro las fuentes trágicas fragmentarias, Eurípides toca el tema. Así, en el fr. 645 sostiene que los dioses “consideran que la equidad antecede a la justicia” (τὰπιεικὴ πρόσθεν ἡγοῦνται δίκης). Finalmente, y ya en el campo propiamente filosófico, en *Leyes* (757e1-2) de Platón el Ateniense afirma que “lo equitativo y lo indulgente respecto de lo perfecto y exacto son infracciones contra la recta justicia” (τὸ γὰρ ἐπιεικὲς καὶ σύγγνωμον τοῦ τελείου καὶ ἀκριβοῦς παρὰ δίκην τὴν ὀρθὴν ἔστιν παρατεθραυμένον). En particular, este último texto muestra la fuerte oposición entre equidad y justicia que gravitaba en el imaginario jurídico ateniense.

Todos estos testimonios dan cuenta que al propio interior del concepto de *epiieikeia* conviven distintos sentidos. Esta variedad de significados con la que carga la noción quizá sea la razón por la cual no hay consenso entre los traductores modernos acerca de cómo traducir *epiieikeia* en el *corpus* aristotélico. En efecto, si bien la mayoría de ellos suele traducirlo como “equidad”—que es la variante que hemos elegido—, otros optan por variantes alternativas, tales como “decencia” (Irwin, 1999); “imparcialidad” (Kennedy, 1991) y “honestidad” (Chiron, 2007).

La oposición que condensa el concepto entre una visión legal de la equidad y otra sentimental, se ilustra, como bien ha destacado Michon (2010: 40), en la propia dicotomía que presenta el libro V. 10 de *Ética Nicomaquea*. En efecto, la primera parte del capítulo desarrolla la idea de corregir la ley, pero no habla de indulgencia; la segunda parte, que se focaliza en el hombre equitativo, habla de que este debe ceder para evitar “lo peor” (τὸ χεῖρον), pero no invoca los defectos y lagunas en la regulación normativa. Claro, se puede reconocer, como sugiere Michon, una forma de “indulgencia reflexiva” (*indulgence réflexive*) según la cual el juez admite que la ley no debe aplicarla con excesivo rigor en una situación particular. La figura del hombre equitativo que se retrata al final del capítulo puede leerse como aquel que sigue el modelo de juez que se niega a ser *akribodikaios* (ἀκριβοδικαῖος). En tal sentido, quizá sea posible afirmar que la corrección llevada a cabo por el juez, en cuanto acto

excepcional, expresaría una forma de indulgencia.

Sea como fuere, creemos que Aristóteles combina el sentido jurídico de equidad y el sentido moral en una interpretación que logra mantener la institución dentro del dominio del derecho, más precisamente en la transición de la justicia legal a la determinación de la justicia en el caso concreto. No es del todo correcto, pues, ver una falta de correspondencia entre el valor equitativo y la virtud de la equidad, sin ningún tipo de comunicación entre ellos. O, dicho con las propias palabras de Gergioadis (1987: 165), que *“la rectificación de lo legalmente justo en el caso del valor equidad no implica un espíritu concesional, sino solo el llenado de los vacíos de la ley [y], por el contrario, el espíritu concesivo de la virtud equidad no implica que se llenen las lagunas de la ley”*. Los textos de Aristóteles pueden presentar en su interior la tensión originada por la confluencia de distintas tradiciones respecto del concepto de equidad; pero ello no implica en modo alguno que el filósofo no haya logrado combinarlos con suficiencia.

En efecto, si bien hay un matiz moral, el argumento de equidad no constituye un rechazo de la ley escrita ni un apartamiento de los principios sobre los cuales se asienta. No se apela, pues, a consideraciones extralegales que pueden dar amplios márgenes de creatividad interpretativa, sino a los principios de justicia que sostienen la norma y que expresa el legislador en su creación. Dicho con las palabras de Brunshwig (2002: 140), la equidad no es una suspensión de la ley ni tampoco una incursión *“hors du domaine du droit”*. El sentido moral y el sentido jurídico se fusionan para dar lugar a una teoría coherente y consistente con el pensamiento ético-político de Aristóteles.

En todo caso, lo que queda en pie dentro de la discusión es determinar cuál de los dos significados de equidad prevalece. Hans (2006: 165), por ejemplo, dice que lo que realmente cuenta para Aristóteles en materia de equidad no es la competencia jurídica, sino el ideal personal de tener un carácter perfecto, un carácter determinado por la dulzura y benevolencia. Irwin (1999: 83) también pareciera inclinarse por este tipo de lectura, pues su traducción del término *epiēikeia* como “decencia” le da más prioridad al plano moral que al jurídico.

El riesgo que corre esta lectura es que dotaría al juez de un amplio poder en materia de libertad y creatividad interpretativas, algo que Aristóteles parece rechazar. No podemos ocuparnos en detalle sobre este punto en esta oportunidad. Basta con señalar que, si prevaleciera el aspecto moral (la idea de perdón y benevolencia), la regla que establece la norma jurídica quedaría desplazada a un plano muy secundario. La equidad sería efectivamente un

acto discrecional sin trabas y ni más ni menos que un mecanismo de empoderamiento del juez que permitiría su rebelión contra los parámetros de justicia fijados en las leyes de la *pólis*. Nada de esto es lo que Aristóteles parece defender, pues lo nuclear del ser equitativo no es la capacidad de ofrecer un perdón, sino de realizar un ajustamiento de la ley a cada caso, de rectificarla allí donde se ha quedado corta en la determinación de lo justo en concreto (Zagal Arreguín y Ramos-Umaña, 2020: 145).

4.- Conclusiones

Vayamos a las conclusiones. La equidad es una herramienta que permite el tránsito de lo universal a lo particular, de la ley al caso, en la cual se combina un sentido ligado con la interpretación jurídica y un sentido moral ligado con la comprensión. Esta valencia moral no significa para nada un abandono ni mucho una rebelión contra los preceptos legales: la equidad no compite con la justicia legal. Aristóteles logra integrar ambos aspectos de forma tal de ofrecer una teoría coherente y sumamente útil en el derecho, sumamente dinámica. En tal sentido, incluso la equidad puede ser pensada como una válvula de seguridad del propio derecho, inmanente a este y que garantiza la continuidad normal del sistema jurídico vigente al permitir una superación del suceso que desafía la funcionalidad de las leyes. En el movimiento de reconocimiento de la excepción, comprensión y superación, se conserva el valor de la ley y se logra que, mediante su amoldamiento bajo criterios de moralidad, mantenga su autoridad.

Bibliografía

Beever, A. (2004), “Aristotle on Justice, Equity, and Law”, en *Legal Theory*, 10, 33-50.

Brunschwig, J. (1996), “The Aristotelian theory of equity” en Frede, M. y Striker, G. (eds.) *Rationality in Greek Thought* Oxford University Press, (pp. 115-155).

Bywater, I. (1988), *Aristotelis. Ethica Nicomachea*. Oxford University Press.

Chiron, P. (2007), *Aristote. Rhétorique. Flammarion*.

Dirlmeier, F. (1956), *Aristoteles: Nikomachische Ethik*. Akademie-Verlag.

Gauthier, R. A. y Jolif, J. Y. (1970), *Aristote, L'Éthique à Nicomaque. vol. 2.* Louvain.

Georgiadis, C. (1987), “Equitable and equity in Aristotle”, en Panagiotou, S. (ed.) *Justice, Law and Method in Plato and Aristotle*, Academic Printing and Publishing, (pp. 159-172).

Habermas, J. (2010), *Facticidad y validez*. Trotta.

Horn, C. (2006), “Epieikeia: The Competence of the Perfectly Just Person in Aristotle.”, en Reis, B. (ed.) *The Virtuous Life in Greek Ethics*, Cambridge University Press, (pp. 142-166). Irwin, T. (1999), *Nicomachean Ethics*. Hackett Publishing Company.

Kennedy, G. (1991), *Aristotle, on Rhetoric: A Theory of Civic Discourse*. Oxford University Press.

Nussbaum, M. C. (1993), “Equity and Mercy”, en *Philosophy & Public Affairs*, 22(2), 83-125.

Perelman, C. (1978), “L'Usage et l'Abus des Notions Confuses”, en *Logique et Analyse*, 21(81), 3-17.

Sinnott, E. (2007), *Aristóteles. Ética Nicomaquea*. Colihue.

Sucre, A. (2013), *Aristotle's Conception of Equity in Context* [Tesis de maestría, University of Missouri-St. Louis]. <https://irl.umsl.edu/thesis/201>

Zagal Arreguin, H. y Ramos-Umana, L. (2020), “Justicia o equidad: Aristóteles y la jurisprudencia”, en *Prax. filos.*, 51, 133-150.

Zahnd, E. G. (1996), “The Application of Universal Laws to Particular Cases: A Defense of Equity in Aristotelianism and Anglo-American Law”, en *Law and Contemporary Problems*, 5, 263-296.

Pluralismo jurídico como presupuesto de base del Derecho Internacional Privado, breves consideraciones teóricas



Irene Merino Calle

Universidad de Valladolid

Resumen

En el presente artículo se vienen a presentar algunas de las conclusiones obtenidas tras la realización del trabajo conducente a la obtención del grado de Doctor. En particular, se tratará de dar respuesta a una serie de interrogantes acerca de que se entiende por Pluralismo jurídico; si este concepto puede ser considerado un presupuesto del Derecho, y en particular de la rama del Derecho Internacional Privado; y, además, qué significado tiene el pluralismo jurídico en el Derecho y en el Derecho Internacional Privado.

1.- Introducción

El punto de partida podemos enmarcarlo en la siguiente hipótesis de trabajo. Desde finales del s. XX, con la crisis del papel del Estado y con la incorporación de otros actores en el marco jurídico internacional —como las empresas multinacionales—, se advierte, tal y como apunta Grossi, y que François Rigaux confirmó en sus estudios de Derecho Internacional Privado y, particularmente, su curso de La Haya de 1989, que los medievales tenían razón, que existe una realidad mucho más compleja (Grossi, 2003:29; Rigaux, 1989:82 y ss; Vicente Blanco, 2016:83-129).

Precisamente, la evolución de la esfera democrática en los diferentes países del mundo hace surgir un debate acerca de si sólo el Estado es el órgano encargado de la producción de normas —pensamiento planteado por el liberalismo individualista y a raíz de la vigencia del Estado-Nación—, y por tanto todo aquello que surge, que se origina en otras instituciones no estatales, carece de los elementos sustantivos que lo convierte en “Derecho” y en consecuencia no puede ser reconocido como tal. Comienza a cuestionarse acerca de la existencia de un único orden legítimo, un único Derecho (Derpic Salazar, 2009: 7 y 25).

En este sentido, desde el enfoque antropológico hay una conciencia muy clara de la existencia del pluralismo jurídico porque el Derecho, en último término, es la creación de una comunidad humana. Quien crea el Derecho son las comunidades humanas, una de las cuales es el Estado, pero no la única, como se infiere de la clásica y tradicional consideración de la costumbre como fuente del Derecho.

2.- Pluralismo jurídico y Derecho

El pluralismo jurídico es una concepción que ha generado un amplio debate acerca del significado y alcance de la idea de Derecho en campos como la propia ciencia jurídica, la Antropología o la Sociología (Griffiths, 2002: 289; Santos, 2009:52-80 y 131 y ss). En particular, la idea acerca del pluralismo jurídico ha cobrado vigencia desde mediados del s. XX, a partir de que se comienza a tomar conciencia de una realidad enraizada en la historia de la humanidad, que a lo largo de los tiempos fue ignorada o apartada. A lo largo de la historia se ha caído en una confusión bastante habitual que pasa por conceptualizar el Derecho como un poder que viene impuesto desde arriba, pues hasta que se consolida el Estado-Nación se han sucedido una serie de mitos acerca del poder y el Derecho para estructurar las sociedades. Con todo, esta situación entra en crisis en el momento en que el poder se diluye en distintos actores del panorama local, regional y global, demostrando que esa centralización jurídica y política se revela lejana a la realidad de los grupos sociales.

De hecho, la huella más remota sobre el pluralismo jurídico puede hallarse en las primeras explicaciones del Derecho como fenómeno social. Esta hipótesis está fundamentada en la afirmación de que las sociedades más antiguas poseían alguna clase de orden que podía calificarse como jurídico (Maine, 1939:99 y ss; Llinares García, 1997: 2; Ianello, 2015: 767).

El Derecho es un producto social y cultural. Dado que la propia sociedad se transforma con el paso del tiempo, el Derecho evoluciona con ella y se hace más complejo. Es la sociedad con su adaptación a los cambios y su particular percepción de sí misma la que modifica el Derecho conforme a sus nuevas exigencias-finalidades; por tanto, el Derecho es algo accesorio, no altera en principio la sociedad; puede ser una herramienta, un mecanismo más de transformación social —aunque no la única— (Vicente Blanco, 2016: 85). Es por ello por lo que comienza a visibilizarse el pensamiento de que en el territorio de un Estado puedan coexistir diversos conjuntos de normas jurídicas, o, dicho con otras palabras, se empieza a hacer palpable la realidad de la pluralidad jurídica (Derpic Salazar, 2009:25). Es en esta situación en que el pluralismo jurídico se muestra como la regla y no la excepción, entendiendo —en consecuencia— el Derecho más que como un poder, como orden.

La aprehensión de la realidad exige —paradójicamente— recurrir a idealizaciones en cuanto precisamos construir modelos sobre las cosas, es decir, representaciones esquemáticas más o menos simples y habituales para poder entenderlas e interpretarlas (Dolagjian, 2013:215-231; Bunge, 1981: 13 y ss). Así, el pluralismo jurídico simboliza la confirmación de que no sólo no existe un único ordenamiento jurídico, sino que en ámbito del Derecho hay una pluralidad de ordenamientos que de manera distinta concurren en la regulación de los hechos sociales (Vicente Blanco, 2016: 95).

El Derecho presenta una dimensión científica, una perspectiva técnica del funcionamiento y estructura del ordenamiento jurídico en la que se centran varias corrientes doctrinales del Derecho. Sin entrar en un estudio en profundidad de las mismas —pues desvirtuaría la pretensión del presente trabajo—, es necesario, sin embargo, presentar un rápido recorrido por el proceso configurativo del Derecho en nuestro sistema jurídico, donde, frente a la visión historicista, el sentido que tratamos de mostrar —a través de corrientes plurales de la Historia del Derecho—, es un escenario de génesis de las instituciones jurídicas, armonizable con una visión antropológica de la ciencia jurídica, donde el Derecho emerge como un producto social (Vicente Blanco, 2016:94)¹. Éste presenta un espacio científico, un marco mecánico del funcionamiento y estructura del ordenamiento jurídico. Precisamente en esa perspectiva es en la que se centran varias corrientes doctrinales del Derecho. A *Grosso modo* puede enunciarse que para el iusnaturalismo la propiedad delimitadora del Derecho responde a un criterio axiológico que remite

¹ El Historicismo, es un método de la historiografía que presenta la particularidad de escoger aquellos acontecimientos —entre los posibles— que expliquen y testimonien el presente, con una relación causal (Vicente Blanco, 2016: 86).

a ciertos valores morales —justicia—, y éste acepta una conexión intrínseca entre Derecho y moral; mientras que el positivismo jurídico enuncia un criterio normativista aludiendo a las normas existentes —validez— y separando moral y Derecho —se puede definir el Derecho sin aludir a la moral—, es decir, esta corriente reduce el Derecho a la norma positiva y a sus normas de funcionamiento, desde una perspectiva analítica (Kelsen, 2011:48-52; Nino, 2003:18). Finalmente, el realismo jurídico apela a un criterio sociológico que remite a los hechos (Dolagjian, 2013:215-231; Bobbio, 1992:20 y ss)². Frente a estas corrientes dogmáticas existen otras como el tridimensionalismo que valora el Derecho como resultado de tres dimensiones:

1) La dimensión normativa —técnica—, compuesto por la norma jurídica y sus reglas de funcionamiento³;

2) la dimensión social o sociológica, pues la norma tiene una pretensión de tener efecto social, es decir, sirve a los intereses sociales, a los hechos y conductas sociales, de ordenamiento y pacificación social;

3) una dimensión axiológica o de valores, ya que la norma jurídica no puede ser obtusa, en el sentido de que debe servir y debe dar respuesta a valores en esa tarea de resolución y prevención de los problemas sociales (Reale, 1997: 121-122)⁴.

² A pesar de existir otras corrientes asimismo aceptadas, en el presente trabajo no se procederá a su análisis.

³ Desde el punto de vista de la doctrina dogmática-jurídica existe un propio ordenamiento, es decir, esta doctrina no tiene una perspectiva “objetiva” sino “interesada” en desarrollar las potencialidades hermenéuticas del orden jurídico sobre el que vierte su actividad. Para la dogmática el Derecho es *su* Derecho. Desde éste contempla el resto del mundo —se entiende: del mundo jurídico—. Cómo sea considerado en concreto este mundo jurídico, dependerá entonces del ordenamiento relevante, esto es, de aquél en el que se sitúe la dogmática. Las soluciones posibles son varias: a) puede suceder que el ordenamiento de referencia sólo considere como Derecho a sí mismo, sin aceptar la existencia de ningún otro ordenamiento jurídico; b) puede que considere la existencia de otros, pero no como verdadero Derecho sino como un simple *factum*; y, c) puede que declare, explícita, o implícitamente, la existencia y el reconocimiento como verdadero Derecho de otros ordenamientos jurídicos (Robles Morchón, 2007:14-15).

⁴ Una teoría derivada del tridimensionalismo será el Trialismo del jurista alemán Werner Goldschmidt y su discípulo el jurista argentino Miguel Ángel Ciuro Caldani. Para la corriente trialista del Derecho, la dimensión de la que se parte es la dimensión sociológica, la realidad social, que es aprehendida por la dimensión normológica, y que a su vez debe dar respuesta a ciertos valores encarnados en la dimensión axiológica (Goldschmidt, 1990:139; Ciuro Caldani, 2019:15 y ss; Ciuro Caldani, 2013: 9-48; Ciuro Caldani, 1982:89 y ss; Reale, 1997: 121-122,

La norma ha de actuar en la realidad, ha de presentar consecuencias prácticas en la sociedad, pues su validez se comprueba en su eficacia social (Habermas, 1998: 63-105, Vicente Blanco, 2016: 95). La norma alberga un proyecto de reglamentación social y, para que éste se lleve a término, la norma tiene que cimentarse en valores. Es por ello que para el tridimensionalismo, la norma, la realidad social y los valores son componentes intrínsecos a la noción de Derecho, y en consecuencia se supera la dialéctica entre el positivismo jurídico, para el que el Derecho únicamente se conforma de reglas jurídicas, y el iusnaturalismo, corriente que observa el Derecho como valores ideales anteriores a su reflejo en las normas, concretados por Dios o la “naturaleza”, de tal forma que una norma que no respete dichos valores no será Derecho (Habermas, 1998: 63 y ss).

Una vez realizado esta breve pero necesaria aproximación, hemos de continuar preguntándonos acerca del efecto que produce esta concepción del Derecho tanto en los ordenamientos jurídicos y en el propio pluralismo. Para los defensores del positivismo jurídico no es posible una apertura hacia otro Derecho que no sea el Estatal, desaparecen las diferencias y particularidades que surgen en los grupos sociales y de la costumbre (Engle Merry, Griffiths y Tamanaha, 2007: 21). Desde este plano y dando el salto al marco internacional, sólo es posible afrontar dos escenarios posibles: 1) los que abogan por el monismo jurídico y postulan que sólo hay un Derecho, donde el Derecho estatal e internacional forman una unidad fluida y comunicada⁵; es decir,

Vicente Blanco, 2016: 95;). En realidad, podríamos considerar dos Trialismos, en lugar de una única teoría trialista; precisamente, podría hallarse un trialismo de Goldschmidt, y otro trialismo de Ciuro Caldani. El primero sería el trialismo original, y la principal diferencia entre ambos radica en la dimensión sociológica, donde Ciuro da una mayor importancia a las distribuciones, que son captadas a su vez por las normatividades —Goldschmidt se refiere más a las normas—, donde se ubican los principios, normas, instrucciones, directivas...etc, y que encajaría perfectamente a su vez con la teoría del pluralismo jurídico. En cuanto a la dimensión axiológica, la diferencia básica entre ambos se halla en que Goldschmidt es objetivista, mientras que Ciuro Caldani es Constructivista —habla de justicia rectora del futuro— (Ciuro Caldani, 2019:35 y ss; Ciuro Caldani, 2008: 43-53).

⁵ El Derecho Internacional parece condenado a justificar, una y otra vez, su fundamentación y validez jurídica. La razón de Estado como único principio de la acción política (Maquiavelo), el estado de naturaleza salvaje en que se mueven las naciones (Hobbes), la adoración del poder (Spinoza) o la exaltación de la majestad del Estado (Hegel) han alimentado la saga de los negadores de unas relaciones sometidas a cualesquiera clases de reglas. La mayoría de ellos, sin embargo, consciente o intuitivamente, más que negar las reglas, niega su carácter jurídico, congregándose alrededor de una concepción unitaria del Derecho, identificado por las características del que es propio de las sociedades estatales, entre las que destacan la coercibilidad, esto es la posibilidad de su imposición coactiva y la sanción de quienes infringen mandatos y prohibiciones (Remito Brotóns, 2007: 45; Nogueira Alcalá, 1998: 626).

mientras que el Derecho estatal es para el monismo el único sistema jurídico que puede y debe existir en un Estado—, el Derecho Internacional, aquel que regula las relaciones interestatales, es el único que existe y debe existir en la esfera internacional (Engle Merry, Griffiths y Tamanaha, 2007: 23); 2) los que defienden el dualismo jurídico, afirmando que ambos derechos son sectores aislados, no están comunicados (Rigaux, 1989: 87). En conclusión, para los seguidores de esta teoría, la separación entre los ordenamientos jurídicos y el Derecho internacional se debe tanto por las relaciones que reglamentan, como por la clara diferenciación de las fuentes normativas que poseen y de los sujetos a quienes obliga (Díez de Velasco, 2007: 160-161). Sin embargo, desde finales del s. XX con la crisis del rol Estatal y la participación de nuevos actores en el plano internacional, la realidad jurídica se vuelve más compleja, donde el Derecho pasa a coexistir con un entorno heterogéneo de elaboración normativa.

Consecuentemente, esta situación lleva a una realidad diferente a la planteada por el monismo y dualismo jurídicos, donde el pluralismo jurídico simboliza la confirmación de que en la esfera del Derecho no sólo existe un solo ordenamiento, sino que hay una pluralidad heterogénea de ordenamientos que concurren de manera diferente a la hora de regular los diversos hechos sociales. Los postulados antropológicos ponen en cuestión que el monismo de la modernidad se defienda como un proyecto europeo sin tener en cuenta al resto del mundo como parte constitutiva de dicho pensamiento (Ahumada Infante, 2013: 3). De esta forma, no sólo en un nivel global sino también local, el Derecho occidental es “uno de los principios, pero sólo uno de ellos de organización social” (Sinha, 1995:32). Finalmente, y en relación con la crítica que realiza la antropología del monismo, es necesario poner de relieve aquella corriente teórica que pone en jaque al monismo y que se conoce como pluralismo jurídico. En líneas generales podemos adelantar que el pluralismo jurídico es un modelo de análisis que persigue despojarse de la primacía fáctica, política y analítica del Derecho estatal como manifestación de la soberanía (Ariza Higuera, y Bonilla Maldonado, 2007:27-28). A pesar de que no siempre ha conseguido seccionar la superioridad del Derecho estatal, ni alejarse del saber específico en que éste se fundamenta, el pluralismo es uno de los mecanismos más importantes para elaborar un modelo analítico del Derecho aislado del sistema del Derecho calificado como oficial—el Derecho producido por el Estado— y de la soberanía estatal, es decir, elaborar un modelo que rompa con el “paradigma convencional” tal y como lo denomina Santos (Fitzpatrick, 1983:46; Santos, 1987: 280). A los dualistas puede aplicárseles la misma crítica que a los monistas, pues tal separación conduce a consolidar la pluralidad de ordenamientos jurídicos que conviven con el Derecho Internacional.

La naturaleza del pluralismo, es decir, su especificidad, no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad (Rosillo Martínez, 2017: 60). Esta aceptación tiene su origen en los postulados de algunos teóricos del Derecho, entre ellos Gierke⁶, Hauriou⁷, Ehrlich⁸ o Gurvitch⁹, Santi Romano, o sus seguidores Del Vecchio o Sforza, quienes no sólo consideraban a las leyes como fuente del Derecho, sino que al propio concepto de Derecho estatal lo observaron como una fuente más de regulación sobre los conflictos sociales. De entre todos los teóricos, será Romano quien dé estatus jurídico al pluralismo jurídico, partiendo de la idea de la crisis del Estado moderno.

Romano, confronta a la concepción del Derecho como norma la idea de Derecho como institución¹⁰. Ésta presenta como características esenciales la

⁶ El pensamiento Gierke se sintetiza de la siguiente forma: concibe la sociedad como un conglomerado de sujetos que se agrupan en asociaciones, de tal forma que, al existir un heterogéneo número de asociaciones, de las cuales el Estado sólo es una más de ellas, el Derecho se expresa asimismo como un fenómeno plural que no puede reducirse tan sólo al Derecho estatal, es decir, el fenómeno jurídico no se agota consecuentemente en el Derecho del Estado. De esta forma al pluralismo social le corresponde de forma natural el pluralismo jurídico (Gierke, 1902: 6; Gierke, 1883: 9 y ss; Robles Morchón, 2007: 19).

⁷ Para Hauriou, quien viene influenciado por el vitalismo de Bergson, defiende un pluralismo institucionalizado; la institución precede al Derecho. Para Hauriou los componentes que constituyen una institución son: A) la realización de una idea de acción social; B) existencia de un poder organizado para tal realización y C) reconocimiento social de la idea —por esta razón el pensamiento de Hauriou en ocasiones se manifiesta como una filosofía política— (Hauriou, 1967: 19-45; La torre, 2006: 105-110).

⁸ Este autor fue el primero en manifestar la coexistencia de ordenamientos plurales dentro de una misma organización social, dando por tanto a entender que el Derecho no es necesariamente producto del Estado (a pesar de ser la primordial). (Ehrlich, 2005: 93, 493; Moore, 1978: 55-58; Engel, 1980: 425-454; Engle Merry, Griffiths y Tamanaha, 2007: 199-208).

⁹ Para este autor, el pluralismo jurídico entraña aquellas formas de Derecho originadas de manera espontánea en las sociedades y son a su vez independientes del Estado y su orden jurídico; sin embargo, esas formas de Derecho pueden tener diferentes relaciones con el Derecho estatal. (García Lozano, 2014: 92-93).

¹⁰ Desde la vertiente antropológica, esta idea se define como un conjunto coherente de usos, costumbres o prácticas que definen el comportamiento de un grupo. Por lo tanto, se contempla —como dice Durkheim— como la “manera de ser” de un grupo social que se fija e impone al individuo, ya que en este momento el “hecho social” se llama institución debido a que la manera de ser del grupo influye y conforma la manera de pensar y de obrar de los individuos que lo integran, para quienes su comportamiento es una exigencia del “medio social”. Igualmente, la Institución podría ser la “propiedad”, concebida como un complejo de comportamientos uniformes de los hombres con las cosas que tienen un valor económico (Tierno Galván, 1966: 192; Nicolás Derisi, 1946: 33-34; Sforza, 1954: 55).

existencia de una sociedad, un ordenamiento dentro de la misma y la organización que faculta el desarrollo de los dos anteriores presupuestos¹¹. Con esta teoría institucionalista del Derecho se está contemplando la posibilidad de que la producción de la ciencia jurídica no sea señal exclusiva del Estado, sino también de los grupos sociales que cumplan con los tres requisitos citados. Romano expone que, si el Estado moderno creó y monopolizó el Derecho, suprimiendo y apropiándose de los órdenes jurídicos superiores e inferiores, la propia realidad social se ha abierto camino y ha conformado sus propios órdenes jurídicos con su propia autonomía y normas fuera de los límites del Estado —e inclusive en ocasiones confrontadas a él— (Romano, 1951: nota 16; Romano, 1920: 4-6). Para Romano el no reconocimiento estatal no impide su existencia. El Derecho puede proyectarse más allá de las reglas, ya que pueden existir sistemas jurídicos que se organicen y actúen con otro planteamiento diferente del concepto de juricidad. A fin de cuentas, el carácter un tanto sociológico e institucional del Derecho observado por Santi Romano, considerando la organización como un criterio básico para diferenciar una sociedad jurídica de una no jurídica ha supuesto una ruptura —y consiguiente nuevo punto de vista— de la teoría estatal que asimilaba los límites de lo jurídico con los del Estado (Romano, 1951: 7-16, 99 y 148).

3.- Pluralismo jurídico y Derecho Internacional Privado

Como ya ha sido anticipado, los ordenamientos jurídicos estatales, de un lado, y el Derecho internacional, de otro lado, conforman un sistema coordinado, pero no sometido jerárquicamente de acuerdo con una perspectiva pluralista del Derecho, es decir, que asume la coexistencia de sistemas diferentes y permite separarse de la visión monista-dualista del Derecho (Rigaux, 1989:

¹¹ Por teoría de la institución puede entenderse aquella corriente surgida como una revolución contra el formalismo jurídico, es decir, una demanda del valor normativo y jurídico de los hechos sociales, pues pretende ser una vía de salida al positivismo jurídico el cual predica una idea estrecha del Derecho en el sentido de no admitir argumento en contrario a las tesis normativas fuertes —morales, políticos— a la vez que ignora cualquier posibilidad de atención al contexto social en el que se van a incluir las normas jurídicas. Por institución, puede entenderse una organización, poder, autoridad, una asociación, etc.... —de hecho, el concepto institución pública puede denotar poder público—. Es factible que el institucionalismo naciera —entre otras cuestiones— en aras de dar solución a diversos aspectos urgentes para el ámbito del Derecho Público, por ejemplo, requerimiento de que los individuos se integran en organizaciones colectivas, equilibrio en las relaciones intersubjetivas o la exigencia de legitimidad de la autoridad política (La Torre, 2006: 104-106).

87)¹². Hasta el presente, la doctrina general del Derecho se había mostrado reacia en el tratamiento de las relaciones interordinamentales o relaciones intersistémicas¹³. Se exceptúa de este recelo alguna disciplina jurídica particular, que por su propia necesidad, hace de la relación entre ordenamientos uno de sus presupuestos de base, como ocurre con el Derecho Internacional Privado (DIPr), o se exceptúan también algunas aportaciones que provienen de otros pensamientos como la sociología o antropología, donde si se hace del grupo social —o de la institución, tal y como lo califica Romano— el núcleo central para conocer el Derecho, se debe admitir que el mundo jurídico es diverso, puesto que son muchas las comunidades sociales existentes en la realidad, y a las que hemos hecho mención en el apartado anterior (Robles Morchón, 2007: 14).

La pluralidad de ordenamientos es una realidad para el DIPr, pues desde trabajos como del alemán Ernst Zitelmann, o del italiano Santi Romano no es posible ignorar la cuestión de las relaciones que se producen entre los distintos ordenamientos jurídicos¹⁴.

Sin embargo, Savigny ya había observado esta realidad en su obra *Sistema de Derecho Romano Actual* —1849—, donde en el volumen VI confronta

¹² En relación a las teorías críticas de este fenómeno debe destacarse que la propia concepción del Derecho que las anima excede el marco normativo vigente en un lugar determinado, en la medida en que lo asumen como una práctica social específica que se aclara a partir de analizar cómo funciona el Derecho en un Estado moderno, entendiendo que lo específico no radica en la opresión sino en el carácter abstracto y separado de la sociedad civil, pero donde igualmente se sustenta una cierta desconfianza en el poder del Estado y en la legalidad como mecanismo de emancipación social. De este modo se combate la legalidad como forma de incremento jurídico del Estado en detrimento de la construcción de esferas jurídicas autónomas en el seno de la sociedad civil, grieta por la que se cuele el argumento del pluralismo jurídico (Assef, 2014: 111-149).

¹³ Debido a que la tarea de la dogmática consiste en la exposición sistematizada de los contenidos semánticos de un ordenamiento jurídico, la doctrina general del Derecho, que constituye la prolongación natural de aquella, también ha centrado sus reflexiones, en el ordenamiento jurídico respectivo, y ha dejado en segundo plano, la cuestión de las relaciones entre ordenamientos (Robles Morchón, 2007: 13).

¹⁴ De Zitelmann, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo dirán que “*para este autor el problema nuclear el problema nuclear del DIPr: surgía de la existencia de distintos ordenamientos jurídicos con un determinado ámbito de vigencia; aparecen, a partir de aquí, una serie de competencias legislativas concurrentes que es preciso delimitar de acuerdo con unos principios, y dichos principios no son otros que los utilizados por el Derecho de gentes para fijar las fronteras respectivas de las soberanías de los estados. La cuestión fundamental es, en el pensamiento de este autor, la determinación del momento en que el estado posee competencia legislativa en una determinada materia, lo que le permite aspirar al reconocimiento de los demás estados de dicha competencia*” (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1991: 39).

la cuestión de las normas en el espacio y el vínculo entre ordenamientos. En efecto, el problema específico que centró su tesis es el relacionado con los vínculos que se establecen entre los diversos sistemas jurídicos estatales en tanto en cuanto son órdenes jurídicos coordinados, son ordenamientos que se localizan en un plano de igualdad. Con todo, únicamente toma en consideración la pluralidad de ordenamientos estatales, o a lo sumo, ordenamientos intraestatales —como los Derechos forales del Código Civil español—, es decir, aquellos que coexisten dentro del mismo Estado —el conocido como Estado plurilegislativo—, pues aunque en su volumen VI haya un apartado que trate sobre los “derechos territoriales contradictorios en Estados diferentes”, las reglas a las que se refiere se encuentran igualmente aplicadas dentro de los límites de un mismo Estado (Savigny, 1879: 146; Vicente Blanco, 1998: 93; Vicente Blanco, 2016: 97). De hecho, la recepción de las ideas de Savigny sirvió de apoyo para defender la supervivencia de los Derechos forales junto al Código unitario en nuestro país¹⁵. Savigny se encuentra con el problema de la colisión de normas jurídicas al describir los presupuestos básicos del DIPr., es decir, qué norma aplicar cuando existen Derechos territoriales distintos o contradictorios en diferentes Estados, y qué regla puede aplicarse cuando existen relaciones de Derecho que conectan diferentes Derechos territoriales. Respecto del primero de los supuestos, Savigny separa en dos las clases de conflictos que pueden originarse: de un lado puede suceder que la colisión emerja dentro de un Estado entre legislaciones que tienen una relación de subordinación y legislaciones de diferentes Estados; y de otro lado, pueden emerger problemas dentro de un mismo Estado, entre legislaciones que no guardan dependencia¹⁶. Para Savigny, el dilema de la colisión no debe presentar problema cuando se produzca dentro de un Estado con legislaciones donde exista una relación jerárquica, pues se resuelve conforme al principio de primacía (Savigny, 1879: 1335). Sin embargo, tanto para el caso en que existieran colisiones normativas entre legislaciones de Estados diferentes, como para aquellos conflictos que surgen dentro de un mismo Estado que presenta legislaciones que no guardan entre ellas ninguna relación de jerarquía, Savigny

¹⁵ El lecho sobre el que se asumió su pensamiento fue el historicismo. Lo que ocurre es que en realidad el historicismo ya había calado en España y por tanto Savigny sirvió para apuntalar convicciones previas (Lloredo Alix, 2014: 251).

¹⁶ Savigny localiza la primera de las especies, en el capítulo CCCXLVII, págs.134-137, cuando un mismo Derecho común domina sobre los Derechos particulares, como en su tiempo con el *Allgemeine Landrecht* sobre los Derechos provinciales de Brandeburgo, de la Pomerania, y de la Prusia Oriental y Occidental. La segunda especie lo halla, en el caso de legislaciones dentro un mismo Estado, entre los pequeños Estados soberanos que formaban la unión de los Países Bajos, e igualmente entre los Estados Unidos de América del Norte, al no estar sometidos, como los Estados alemanes, a un poder político superior ni a una legislación superior común (Savigny, 1879: 134-137; Paredes Pérez, 2019: 7).

manifiesta que la solución dada en el primero de los casos no sería eficaz para estas situaciones, por cuanto al no existir subordinación entre las legislaciones en conflicto impedía en estos casos la identidad de razón exigida para solucionar la cuestión mediante un Derecho superior, y procede a enjuiciar las tesis de Huber y Story, ya que estos autores a través de los principios generales del Derecho de Gentes —por ejemplo el principio de soberanía territorialidad— aportaban una solución racional al conflicto normativo (Kegel, 1989: 56, Paredes Pérez, 2019: 7). En efecto, todo el pensamiento constructivo de Savigny necesita de la toma en consideración de la base material del Derecho común general, o, dicho con otras palabras, de la naturaleza de las instituciones sobre las que descansa la cuestión de las colisiones normativas, y permitiendo a su vez, reconocer la existencia de una Comunidad de Derecho entre los territorios que comparten ese trasfondo jurídico común¹⁷.

Además, las deducciones de su pensamiento formarán en la historia del pensamiento jurídico los presupuestos del desarrollo sucesivo del DIPr. La hipótesis de este autor —el conflictualismo y por ende el descubrimiento del pluralismo jurídico en DIPr. — surgió predispuesta no sólo a brindar una respuesta apropiada a los problemas que se originaban en el tráfico jurídico de su tiempo, también nació con la intención de ser un nuevo presupuesto de base y método de solución de disputas, sustituyendo así al modelo anterior cuyo pilar estriba en las doctrinas estatutarias imperantes¹⁸.

Esta tesis sobre el pluralismo jurídico como presupuesto de base del DIPr., será retomada en la esfera jurídica gracias a François Rigaux, quien propone un renovado pluralismo jurídico, caracterizado por la presencia de una existencia plural de órdenes jurídicos, unos de origen estatal, pero otros no —extraestatales—, que operan igualmente en su círculo de actuación y tienen capacidad de hacer frente a la normatividad del Estado (Rigaux, 1989-I: 9-408). Son órdenes diferentes tanto del orden internacional como estatal, a los que califica como órdenes jurídicos transnacionales, de naturaleza autónoma y diferenciada y donde tendría cabida la llamada *Lex Mercatoria* (Rigaux, 1989-I: 61-64; Vicente Blanco, 1998: 93-94). De tal forma que lo que tradicionalmente había contemplado la disciplina del DIPr. mediante el pluralismo

¹⁷ Armijon desarrollará la idea de esta comunidad en el orden privatista, que se origina y evoluciona bajo el paraguas del tráfico internacional pero alejada de la óptica publicista (Armijon, 1928: 460; Paredes Pérez, 2019: 9).

¹⁸ Los autores que se refieren al modelo de Savigny como un método sustitutivo del estatutario (Sánchez Lorenzo, 1994: 557-585; Sánchez Lorenzo, 1996: 155-156; González Campos, 1996: 5240-5243; Fernández Rozas, 2000: 1-4; Paredes Pérez, 2019: 4). Savigny si bien construye su propio método emplea y pone a su servicio las doctrinas precedentes a las que observa como válidas (Jitta, 1890: 11-113; Aguilar Navarro, 1976: 272; Kegel, 1989: 39-66).

jurídico estatal, con Rigaux se produce una grieta de esa lógica dogmática. En conclusión, el pluralismo jurídico comienza a ser observado como uno de los conceptos clave en la visión postmoderna del Derecho, cuyo fin es mostrar la coexistencia de espacios legales que se superponen como si fueran capas, pero a la vez se hallan en interrelación e interconexión, donde la vida de las personas está afectada por la interlegalidad de dichos sistemas normativos (Santos, 1987: 279-302). Una visión pluralista del Derecho reconoce la posibilidad de coexistencia de sistemas jurídicos tanto de la misma como de diferente naturaleza, siendo en el primero de los casos un pluralismo estatal, por tanto, sistemas jurídicos estatales —unitarios y federales—; y en el segundo de los casos los sistemas jurídicos supra-estatales —orden jurídico internacional—, o supra-nacionales —orden jurídico de la Unión Europea—; sistemas jurídicos infra-estatales o extraestatales —órdenes jurídicos corporativos, *Lex Mercatoria*, o incluso órdenes jurídicos transnacionales o desterritorializados—, y disolviendo la ecuación entre espacio jurídico y espacio territorial que quisiera que a un territorio determinado correspondiera un único sistema jurídico y que a todo sistema jurídico correspondiera un territorio (Van De Kerchove y Ost, 1988: nota 8; Sánchez-Castañeda, 2014: 30)¹⁹.

4.- A modo de conclusión

El método tradicional continúa inserto en la disciplina del DIPr., el cual contempla el reconocimiento de la pluralidad estatal y únicamente en los últimos años se ha abierto al reconocimiento de órdenes transnacionales por la presión de la sociedad de los negocios. Es por ello que postulamos necesario una reconfiguración de la idea de Derecho que proponga de forma natural el pluralismo jurídico, puesto que es patente que el conflicto que surge a la hora de aceptar el pluralismo jurídico muestra que para muchos es un mundo desconocido. Son diversas las perspectivas acerca del Derecho que comprende el pluralismo jurídico —y no todas comparten la misma visión— en función de

¹⁹ Entre el Derecho internacional y las otras formas no estatales de Derecho, existe una convergencia profunda: su carácter no territorial. El único monopolio que pertenece efectivamente al Estado es el control de los actos materiales de coerción sobre la extensión de su territorio. Resulta de ahí que, al igual que el Derecho canónico o el Derecho transnacional, el orden jurídico internacional no dispone de un territorio sobre el que sus agentes puedan, de la misma forma que los Estados y sin su acuerdo, cumplir regularmente actos de coacción física. No obstante, los Derechos no territoriales disponen de formas propias de coacción, como, a título de ejemplo, la exclusión del miembro rebelde, que prevé el artículo 6 de la Carta de Naciones Unidas; o la excomunión que prevé el Derecho canónico, o el “boycott” de las relaciones económicas (Rigaux, 1989: 88).

los fines para los que se evoquen sus conceptos —en algunas ocasiones para debatir las diversas visiones ideológicas sobre el Derecho, otras para fomentar una teoría descriptiva del Derecho, etc...—, y que van desde el reconocimiento de diferentes órdenes jurídicos en un mismo Estado —pluralismo estatal o interno—, hasta una noción de Derecho más abierta sobre la base de los trabajos que había desarrollado la Antropología jurídica en figuras como Maine o Malinoswki, o investigadores dentro del mismo campo —como S. Falk Moore o J. Griffiths— a partir de los años 60 —pluralismo extraestatal o flexible o abierto—. Ambos enfoques fluctúan en un plano continuo según el grado de centralidad que se le otorgue al derecho estatal: de esta forma, para la primera perspectiva, el Derecho del Estado delimita las condiciones bajo las que puede existir el pluralismo. Para el segundo de los enfoques la posición central que ocupa el Derecho se desplaza ya que se acepta y admite que el Derecho del Estado es uno más entre los muchos elementos que componen la realidad del pluralismo jurídico. Para ello, y a pesar de la reticencia que existe hoy en día a introducir la óptica antropológica en el estudio del pluralismo jurídico, es indispensable su ayuda, ya que en los últimos años del s. XX las reformas judiciales y constitucionales impulsadas por el neoliberalismo demandan conceptos antropológicos como cultura y costumbre para legitimar una nueva distribución de los recursos estatales. La visión actual de la antropología acerca del pluralismo —sobre todo en países del continente americano— muestra la admisión de una determinada diversidad jurídica proveniente de la diversidad cultural —y el Derecho para la Antropología es parte de la cultura de un grupo social—. El mundo globalizado en el que vivimos ha destapado un interés por lo diferente, a lo que nuestro país con el resultado de los Derechos forales avanzó en el reconocimiento del pluralismo jurídico de carácter interno o estatal. Para la Antropología es patente la existencia del pluralismo jurídico porque para ésta el Derecho, en último término, es resultado de cada grupo social que implanta y dispone de sus propias reglas de actuación y funcionamiento con el objetivo de que estructuren y sistematicen su vida social. El Estado es considerado como una comunidad humana más, no la única, como se desprende de la consideración tradicional de la costumbre como fuente del Derecho. A fin de cuentas, una interpretación pluralista del Derecho permite una mejor apreciación de la realidad jurídica que una concepción monista de este.

Bibliografía

Ahumada Infante, A., (2013), “Transmodernidad: dos proyectos disímiles bajo un mismo concepto”, en Polis, num.34, recurso online disponible en: <http://journals.openedition.org/polis/8882>

Aguilar Navarro, M., (1976), *Derecho Internacional privado*, vol. I, T.I, Madrid: Servicios de la UMC.

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

Armijon, P., (1928), “L’objet et la méthode du droit international privé”, en *Revista des C.*, t.21.

Assef, L. M., (2014), “Pluralismo jurídico”, en *Intersecciones*, Revista de producción mestiza, Galicia: Universidad de Vigo, núm.5.

Bobbio, N., (1992), *Teoría general del Derecho*, Bogotá: Temis.

Bunge, M., (1981), *Teoría y realidad*, Barcelona: Ariel.

Ciuro Caldani, M. A., (2019), *Una teoría trialista del mundo jurídico*, Rosario: FDER.

Ciuro Caldani, M. A., (2013), “La evaluación de la investigación en Derecho: método del integrativismo tridimensionalista trialista”, en *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, num.34.

Ciuro Caldani, M. A., (2008), “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en *Investigación y Docencia*, num.40.

Ciuro Caldani, M.A., (1982), “Meditaciones acerca de la Ciencia Jurídica”, en *Revista para las Investigaciones Jurídicas*, Rosario. Número 2/3.

Derpic Salazar, C., (2009), *Sobre el Pluralismo jurídico*, Bolivia: IDEA Internacional.

Diez de Velasco Vallejo, M., (2007), *instituciones de Derecho Internacional público*, T.I, Madrid: Tecnos.

Dolagjian, D. A., (2013), “Sobre el Derecho. Modelos para una introducción elemental”, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 11, núm. 22, Argentina: Buenos Aires.

Ehrlich, E., (2005), *Escritos sobre Sociología y jurisprudencia*, Madrid: Marcial Pons.

Engel, D., (1980), “Legal Pluralismo in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court”, en *American Bar Foundation Reserach Journal*, vol.5, num3.

Engle Merry, S., Griffiths, J., y Tamanaha, B., (2007), *Pluralismo Jurídico*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javierana.

Fernández Rozas, J.C., (2000), “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, en *Revista Mexicana de Derecho internacional privado*, num.9.

Fernández Rozas, J.C., y Sánchez Lorenzo, S., (1991), *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid: Civitas.

Fitzpatrick, P., (1983), “Marxism and Legal Pluralism”, *Australian Journal of Law & Society*, vol.1, núm.2.

García Lozano, L. F., (2014), “Pluralismo Jurídico: nuevos constructos para microsociedades”, en *Pluralismo Jurídico*, Revista Umbral de Derecho Constitucional, núm.4, T.I, junio-diciembre, Quito-Ecuador.

Gierke, O., (1902), *Das Wesen der menschlichen Verbände*. Rede, reimpr. Darmstadt, 1954.

Gierke, O., (1883), *Naturrecht und deutsches Recht*, Frankfurt a. M..

Goldschmidt, W., (1990), *Derecho internacional privado*, 7^a ed, Buenos Aires: Depalma.

González Campos, J. D., (1996), “El paradigma de la norma de conflicto bilateral”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Civitas.

González Vicén, F., (1972), “La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto Von Gierke”, en *Annuario de Filosofía del Derecho*, T.XVI.

Griffiths, A., (2002), “Legal Pluralism”, en Reza Banakar y Max Travers (Eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford y Portland: Hart Publishing.

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

Habermas, J., (1998), *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.

Hauriou, M., (1967), *Teoría dell'istituzione e della fondazione*, Milano: Giuffré.

Ianello, P., (2015), “Pluralismo jurídico”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, vol.1.

Jitta, J., (1890), *La méthode du droit international privé*, The Hague: Belifante.

Kegel, G., (1989), “Story and Savigny”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, num.1.

Kelsen, H., (2011), *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid: Trotta.

La Torre, M., (2006), “Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)”, en *Revista derechos y libertades*, núm.14, época 11, enero, 2006.

Llinares García, M., (1997), “La búsqueda de los principios de organización de la sociedad”, en *Gaceta de antropología*, vol.13, núm.3.

Lloredo Alix, L. M., (2014), “La recepción de Savigny en España: un episodio en la historia de la circulación de las ideas”, en *Derechos y Libertades*, núm.30.

Moore, S. F., (1978), “Law and Social Change: The Semiautonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, en Sally F. Moore (Ed.), *Law as Process: An Anthropological Approach*, London: Routledge & Kegal Paul.

Nicolás Derisi, O., (1946), *Esbozo de una epistemología tomista*, Buenos Aires.

Nino. C.S., (2003), *Introducción al análisis del Derecho*, 11ª edición, Barcelona: Ariel.

Nogueira Alcalá, H., (1998), “Constitución y Derecho internacional de los Derechos humanos”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM: Instituto de investigaciones jurídicas.

Paredes Pérez, J. I., (2019), “Una lectura de la teoría conflictual de Savigny desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos adquiridos”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm.38.

Reale, M., (1997), *Teoría tridimensional del Derecho*, Madrid: Tecnos.

Remiro Brotóns, A., (2007), *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Rigaux, F., (1989), *Derecho Internacional privado, parte general*, (trad.) Alegría Borrás Rodríguez, Madrid: Civitas.

Rigaux, F., (1989-I), «Les situations juridiques Individuelles dans un système de relativité général. Cours Général de Droit International Privé», en RCADI, Dordrech Martinus Nijhoff Publishers, 1990, t. 213.

Robles Morchón, G., (2007), *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, Madrid: Civitas.

Romano, S., (1951), *L'ordre juridique*, Paris: Dalloz, 1975, nota 16.

Romano, S., (1920), *Discurso inaugural del año académico 1909-1910 en la Universidad de Pisa*, Milán: Rivista di diritto pubblico, republicado en Discorsi e prolusioni accademiche, Módena.

Rosillo Martínez, A., (2017), “Fundamentos del pluralismo jurídico desde la filosofía de la liberación”, en *Revista Derechos en Acción*, vol.2, núm.2.

Sánchez - Castañeda, Alfredo, “Los orígenes del pluralismo jurídico”, en González Martín, Nuria y Morineau Iduarte, Marta (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau: sistemas jurídicos contemporáneos, derecho comparado, temas diversos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Sánchez Lorenzo, S., (1994), “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, en REDI, num.2.

Sánchez Lorenzo, S., (1996), “Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado”, en *Curso de Derecho y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Madrid: Tecnos.

Santos, B de S., (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA.

Santos, B. de S., (1987), “Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law”, en *Journal of Law and Society*, vol. 14, núm. 3.

Savigny, F. C., (1879), “*Sistema de Derecho Romano Actual*”, volumen VI, (trad.) Mesía Y Poley, Madrid: F. Góngora y Compañía.

Sforza, C., (1954), *Filosofía del diritto*, Roma.

Sinha, S. P., (1995), “Legal Polycentricity”, en Hanne Petersen Y Henrik Zahle (Eds.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot: Dartmouth.

Summer Maine, H. J., (1939), *Ancient law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, Londres: Oxford University Press.

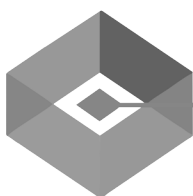
Tierno Galván, E., (1966), *Conocimiento y ciencias sociales*, Madrid: Tecnos.

Van de Kerchove, Michel y Ost, F., (1988), *Le Système juridique entre ordre et désordre*, París, nota 8.

Vicente Blanco, D. Fco. J., (2016), “Antropología jurídica, pluralismo jurídico y derecho como patrimonio en el derecho consuetudinario de Castilla y León”, en Diaz de Viana, L., y Vicente Blanco, Dámaso (Ed.), *El patrimonio cultural inmaterial de Castilla y León. Propuesta para un atlas etnográfico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.

Vicente Blanco, D. Fco. J., (1998), “La relación entre el Derecho estatal y el “Derecho” deportivo: ¿conflicto de leyes o insumisión al orden jurídico?”, en *Revista del Instituto de Estudios Europeos*, núm. 18.

La constitucionalización de derechos y el control judicial de constitucionalidad. Un abordaje epistemológico desde el concepto de democracia deliberativa



Emilio E. Morgan

(UNLP)

Resumen

Mediante el presente trabajo me propongo realizar un análisis crítico de la constitucionalización de derechos y el control judicial de constitucionalidad a la luz de los principios y directrices que posee, o debería poseer, una democracia moderna que proporcione un rol epistémico preponderante a la deliberación pública de los asuntos que involucran a sus habitantes. A tales fines, partiré de las lecturas que sobre la temática realizan el filósofo y jurista argentino Carlos Nino -en particular en su obra del año 1997 titulada *“La Constitución de la Democracia Deliberativa”*- y el filósofo neozelandés Jeremy Waldron en *“Derechos y Desacuerdos”*, del año 1999.

En particular, apoyaré la exposición tanto en la postura esbozada en la obra de Carlos Nino, como en las aproximaciones que hiciera el destacado jurista Roberto Gargarella, en su comentario bibliográfico titulado *“Carlos Nino, La Constitución de la Democracia Deliberativa”* recuperando, a partir de ellos, sus análisis con relación a la idea de la caracterización y determinación de los derechos que componen una constitución ideal desde la articulación de una concepción filosófica política y moral. Luego de ello, me detendré en los alcances y limitaciones que de tal control de constitucionalidad se coligen, retomando algunos de los planteos realizados por Jeremy Waldron en la obra citada, y poniendo especial énfasis en las derivas e implicancias de tal control desde una epistemología democrática.

Finalmente, me permitiré poner el foco en las tensiones que pueden advertirse entre la constitucionalización de derechos y el control judicial de constitucionalidad, por un lado, y el concepto de democracia deliberativa que ha venido ganando terreno en la Teoría de la Democracia en las últimas cuatro décadas -de la mano de autores como Joshua Cohen y Jürgen Habermas- por el otro.

1.- Constitucionalización de derechos y democracia deliberativa

1.1.- La cuestión epistémica

En el inicio del capítulo tercero de la obra “La Constitución de la Democracia Deliberativa”, titulado “*La constitución ideal de los derechos*”, Nino realiza un planteamiento que será un eje central en el análisis que propongo. Allí, destaca que los llamados principios morales deben ser considerados herramientas fundamentales al momento de decidir una problemática constitucional, dado que las normas positivas no revisten un valor epistémico que pueda ser considerado suficiente. Es decir, que cuando se acude a un derecho consagrado constitucionalmente para justificar una decisión o comportamiento, se está echando mano de aquellos principios morales que les sirven de génesis y sustento. En tal sentido, Nino emparenta los derechos constitucionales con los derechos morales, agregando que aquellos “*derivan de principios que tienen las propiedades de autonomía, finalidad, supervivencia, publicidad, universalidad y generalidad*” (Nino,1997:73).

Seguidamente, podemos encontrar en la obra de Nino que lo que dota a aquellos principios morales de sólida estructura -en tanto fundamentos de los derechos allí sustentados- es la praxis discursiva y los presupuestos en los que se inserta la valoración de las decisiones objeto de análisis. Allí, y en un criterio que *a priori* podría compartirse sin mayores dificultades, Nino señala que los presupuestos de esa inserción suelen tener cierta permanencia e intangibilidad y que se caracterizan por el abandono (propio del Iluminismo y el racionalismo cartesiano) de los criterios de validación apoyados en apelaciones a la autoridad tradicional o divina, y por su contracara, la persistencia de una crítica con basamento en la razonabilidad, la autonomía moral, la imparcialidad y la libertad.

Al momento de identificar las herramientas de justificación de esos principios morales que coadyuvan en la hermenéutica constitucional, Nino adoptará una postura intermedia (constructivismo epistemológico) en el célebre

intercambio generado entre John Rawls y Jürgen Habermas. Brevemente, podemos señalar que, mientras para Rawls el juicio individual resultará fundamental para el acceso al conocimiento de esos principios morales, para Habermas no habrá otros principios morales válidos que aquellos que son resultado de la práctica real de la discusión moral (siempre y cuando tal proceso dialógico respete ciertas condiciones de imparcialidad).

En su crítica a la posición rawlsiana, Nino sostendrá que un proceso de deliberación efectiva –desarrollado, por supuesto, bajo circunstancias apropiadas– poseerá ventajas epistémicas decisivas en comparación con la reflexión individual. Al igual que Habermas, Nino cree que la validez moral presupone un esfuerzo cooperativo y el desarrollo efectivo, no meramente hipotético –como ocurre en la posición original sostenida por Rawls– de discursos prácticos. Sin embargo, también tomará cierta distancia de la propuesta de Habermas, en tanto considerará que pone el foco de la validez en el *resultado* de la deliberación pública, por lo que la validación de las propuestas de los agentes, durante el proceso previo a que se alcance el consenso, resulta infundada y representa meramente una confrontación de intereses, lo que resta a dicha deliberación el correspondiente valor cognitivo y estatus moral. En palabras de Nino, la democracia se erige como complemento y sustituto de ese discurso moral que la regimenterá y que, a su vez, se hallará sometido a la fijación de un límite temporal que deberá incorporar una votación como instancia decisoria final (Nino, 1989).

Esta postura intermedia llevará a Nino a considerar que determinados derechos individuales deberán contener un fundamento apriorístico, es decir, no sujeto a los acuerdos deliberativos, y que por tanto no podrán ser avasallados por las decisiones que emerjan de la política democrática. Esos derechos (individuales básicos) no resultan derivaciones del proceso democrático *“sino que surgen de reflexiones efectuadas sobre los presupuestos de nuestra práctica de la discusión moral. Una vez que descubrimos estos derechos, su función parece ser precisamente la de limitar la operación del proceso democrático a través de la descalificación de decisiones colectivas que los ignoran”* (Nino, 1997: 95)

De esta manera, Nino concede una prioridad a la deliberación intersubjetiva mayoritaria y recupera el valor de la misma en tanto praxis social que se sitúa por sobre la reflexión moral de carácter individual, aunque concede que esta última debe preservarse en el cumplimiento de cierto rol crítico que le permita conjurar los peligros que pueden derivarse de una suerte de populismo moral en el que redundaría la posición habermasiana.

1.2.- Derechos de “trinchera” y la merma de la deliberación pública

Sentada la postura de Nino “a mitad de camino” entre el individualismo rawlsiano y la discusión pluralista enfocada en los resultados expresada por Habermas, se impone analizar la génesis de esos derechos que servirán de basamento al funcionamiento democrático y, en particular, al desenvolvimiento de la soberanía del pueblo en la toma de decisiones.

La preocupación de Nino, en este punto, pasa por problematizar la calidad epistémica del proceso democrático a la luz de la existencia de un puñado de derechos (decisiones tomadas) que se extienden y permanecen incólumes durante siglos y se hallan consolidados en un texto constitucional. Es decir, se trata de revisar cómo esa soberanía es ejercida en un momento de génesis o reforma constitucional (Convención Constituyente mediante) y las dispersiones que sufre con el transcurso del tiempo, a la par de las variaciones que se producen en el escenario social, cultural, político y económico de una sociedad dada.

Lo antedicho evidencia la dificultad con que se topa Nino al intentar hallar algún tipo de referencia conclusiva que le permita justificar ese “atrincheramiento” de derechos en una carta constitucional, no resultando posible dotar de mayor poder a las decisiones adoptadas por mayorías en el pasado respecto a las que podrían surgir en la deliberación del presente. Es por eso que asume, nuevamente, una posición moderada en el entendimiento de que no considerar recomendable ni *“un procedimiento de reforma constitucional que fuera equivalente al de la sanción de una ley”* (Nino,1997:253), pero si adoptar *“...un procedimiento menos rígido para reformar la constitución que aquellos que se encuentra previstos en constituciones como la de Estados Unidos o Argentina”* (Nino, 1997:254).

Esa preocupación que podemos advertir en el planteo de Carlos Nino en torno de la debilitación de la calidad deliberativa/democrática, es abordada con particular agudeza por Jeremy Waldron en la obra “Derechos y Desacuerdos”. De lo que allí se trata es de determinar, con cierta precisión, si la acumulación de derechos (individuales, colectivos y procedimentales) en el marco de un texto constitucional no podría atentar contra uno de los aspectos fundamentales de una democracia deliberativa. Es decir, y aquí sigo a Waldron, se trata de vislumbrar la existencia de una relación inversamente proporcional entre el acopio de derechos en un texto rígido (o de muy difícil modificación) y la merma que ello podría significar para la deliberación pública en el ejercicio democrático.

En el Capítulo XII de “Derecho y Desacuerdos”, Waldron realiza un análisis pormenorizado de la justificación de ese acopio originario de derechos en un

texto constitucional. Allí, aborda la justificación de los precompromisos asumidos por una sociedad dada que, en la forma de leyes y principios morales, son fijados con cierta rigidez en un formato constitucional. Esos precompromisos que son adoptados en un momento constitucional que Waldron denomina T_1 (un tiempo originario caracterizado por la racionalidad, la medida, el equilibrio y la representatividad) y cuya custodia es encomendada a un órgano externo (en nuestro país el poder judicial) que deberá decidir en un tiempo posterior $-T_2-$ si las decisiones mayoritarias que se vayan adoptando mediante procedimientos democráticos (leyes nacionales, provinciales, decretos, ordenanzas, etc.) se ajustan a esos precompromisos originalmente acordados. Es importante señalar, y Waldron lo hace con suficiente claridad argumental, dos cuestiones que guardan estrecha relación con la problemática que pretendo analizar. Por un lado, se confiere la decisión y el control del ajuste de constitucionalidad a un órgano (o persona) externo, y cuya externalidad tiene visos democráticos (puesto que las designaciones son realizadas en el marco de normas constitucionales). Sin embargo, esas personas u órganos judiciales no gozan del mismo grado de representatividad que, aunque indirecta y ciertamente socavada, las leyes cuyo análisis se le encomienda.

Por otra parte, aún si se presumieran ciertas calidades éticas, morales y académicas de esos órganos a los que se concede la revisión y el control de la legislación (en sentido amplio) democráticamente emanada, la resolución de esos decisores no dejará de tener la forma de una interpretación de aquellas leyes y principios morales y, por lo tanto, estará regada de contingencias, valoraciones personales y coyunturas socio-políticas. En palabras del propio Waldron, estos límites constitucionales no operan de manera automática, por lo que será tarea del órgano judicial *“determinar, como una cuestión de juicio, si la conducta que está siendo contemplada (por ejemplo, por el Parlamento) en t_2 vulnera un límite adoptado en t_1 ”* (1999:313)

Esto también ha sido objeto de análisis por el filósofo estadounidense Joshua Cohen, quién encuentra, en el asentamiento de ciertas libertades (agregaré aquí constitucionales) la reedición de una vieja dicotomía aplicada al concepto mismo de libertad: la de los antiguos y la de los modernos. Brevemente, podemos señalar que la primera de ellas alude a la participación efectiva de los ciudadanos en la toma de decisiones que concierne a los asuntos de la vida pública y política, mientras que la segunda refiere al goce individual de los bienes necesarios para la vida y sus proyecciones personales (libertad de conciencia, religiosa, de expresión, entre otras). Para Cohen, las últimas han cobrado una relevancia tal que se erigen como una barrera infranqueable contra las decisiones mayoritarias adoptadas en el marco de un proceso

democrático. Esto podría acarrear algunas dificultades y ser objeto de problematización, desde que deberá brindarse respuesta a cuál es el motivo para que dichas libertades básicas se sustraigan al debate democrático y si dicha merma no supondría un desconocimiento al pleno ejercicio de la soberanía popular.

Con relación a lo antedicho, y tal como lo sostiene el propio Cohen *“las libertades de los modernos parecen basarse en valores independientes, separados del ideal de tratar a la gente como iguales en los foros de elección colectiva que constituye el atractivo de la democracia. Y esto puede indicar que, desde la perspectiva del pensamiento democrático, esas libertades tienen raíces no más profundas que el eventual consenso popular”* (Cohen, 1998: 255).

Para finalizar este apartado, quizás convenga recuperar la postura de la Corte Suprema de los Estados Unidos al momento de referirse a la constitucionalización de los derechos, en un célebre fallo del año 1943. Allí, sin mayores rodeos, expuso que la idea de una Constitución consiste en *“...retirar ciertas materias de las vicisitudes de las controversias políticas...”*²⁰

2. La cuestión democrática en los desacuerdos

Sin lugar a dudas, la democracia implica mucho más que una forma de gobierno u organización política. Podemos comprender a la democracia en tanto sistema complejo que proporciona estructuras que no sólo permiten la manifestación de disidencias y pluralismos razonables (en sentido rawlsiano), sino que ella misma se retroalimenta de los conflictos y los erige como sus principales motores. Aquí debo hacer un breve paréntesis y aclarar que concibo al conflicto como motor de las democracias modernas en el sentido en que lo describiera el filósofo francés Claude Lefort cuando realizara su “reapropiación” de Maquiavelo, es decir, entendiendo que uno de los principales sentidos que podemos encontrar a la adopción de un régimen democrático estará dado por la identificación, apropiación y delimitación de los conflictos que se evidencien en el seno de la sociedad de que se trate, así como por el ofrecimiento de ámbitos institucionales ampliamente representativos para su tratamiento y resolución. Esto mismo ha sido sostenido por Roberto Gargarella en su comentario bibliográfico titulado *“Carlos Nino, La Constitución de la Democracia Deliberativa”* (Gargarella, 1998), en donde sostiene que *“considerar, entonces (como suele considerarse) que el ideal de los derechos y el de la democracia son simplemente complementarios constituye un error muy grave. Más bien, tales ideales compiten entre sí”* (194).

²⁰ CS EEUU, “West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette”, 319 U.S. 624, 638 (1943)

Dicho ello, habrá que poner el foco en el inevitable surgimiento de desacuerdos y en los mecanismos que se establezcan para su resolución. Siguiendo a Waldron en esto, considero que no podrá soslayarse que la presencia de aquellos precompromisos no podrá evitar la existencia de situaciones no previstas oportunamente, así como la de juicios adoptados “pacíficamente” que de un momento a otro puedan resultar controvertidos (piénsese aquí en aquellos casos en que, como operadores del derecho, hablamos de la “jurisprudencia pacífica” de nuestros máximos órganos judiciales).

Para cerrar este apartado me interesa señalar dos cuestiones fundamentales respecto de lo expuesto. Sin temor a equívocos, podemos partir de la certeza de que resultarán inevitables los desacuerdos acerca de la aplicación de los principios constitucionales que se hayan convenido. Ahora bien, entiendo que no será un dato menor la elección de aquellos que deban zanjar esos desacuerdos. Personalmente, comparto cierta preocupación de Waldron en que depositar la tarea interpretativa (y por tanto la resolución final) en un puñado de personas que no revisten la representatividad popular podrá redundar en un menoscabo para la democracia (Waldron, 1999).

A su vez, considero de suma importancia destacar que la primacía de ciertos precompromisos en el seno de sociedades caracterizadas por la pluralidad y el dinamismo, puede comportar un anclaje que, lejos de garantizar el predominio de la razón por sobre ciertos “descarrilamientos” coyunturales, puede provocar un encorsetamiento de la deliberación pública y la sedimentación de un statu quo de rasgos conservadores. Dicha primacía, en palabras de Waldron, comporta *“el predominio sostenido artificialmente de un punto de vista político sobre los demás, mientras las complejas cuestiones morales quedan sin resolver”* (1999:320).

3.- La democracia deliberativa y el control judicial de constitucionalidad

Podemos comenzar por describir al ideal de la democracia deliberativa como aquel que pretende engarzar las premisas propias de las concepciones de la democracia liberal y las que se vinculan con las democracias republicanas, y que -dicho muy sintéticamente- reivindica el rol preponderante de la deliberación en el proceso de toma de decisiones. Siguiendo a Joshua Cohen --quien se inscribe en el intercambio ya descrito entre Rawls y Habermas- podemos agregar que el ideal de la democracia deliberativa promueve la discusión pública apoyada en razones y, a la sazón, permite desapegar a los participantes de su estrecho marco cognoscitivo personal o sectorial.

Para Cohen, el ejercicio del poder estatal deberá surgir de las decisiones colectivas de los miembros iguales de una sociedad, quienes son gobernados por ese poder (Cohen, 1998). Ahora bien, el ideal deliberativo de Cohen -que en aquí se acerca mucho al de Habermas- requiere que los participantes cuenten con una igualdad en su tratamiento, que se encuentren dispuestos a presentar sus demandas en términos de razones que todos pudieran aceptar (o modificarlas, si ellas no tuvieran éxito) y acatar los términos y resultados de la dicha deliberación.

Este ideal deliberativo, y aún encontrando satisfechas sus condiciones formales y sustantivas de desarrollo, podrá aún derivar en un desacuerdo razonado en el cual los participantes no arriben a un consenso racionalmente motivado que los persuade de actuar de conformidad con los resultados acordados. Aquí deberá echarse mano a la regla de la mayoría y saldar la controversia a través del voto, desde que ciertas decisiones que son sometidas a la deliberación no podrán desconocer la urgencia de la coyuntura política y social.

Ahora bien, debemos preguntarnos qué sucede con este ideal deliberativo en el marco de un sistema de control de constitucionalidad que, como el argentino, descansa en manos del tribunal superior de uno de los tres poderes del Estado (Corte Suprema de Justicia de la Nación). Hemos visto, siguiendo a Waldron, que depositar la última palabra de esta tarea interpretativa en un órgano que no resulta democráticamente elegido (al menos en los términos en que se lo hace respecto de los otros poderes) podría representar una merma en la calidad democrática y una suerte de extrañamiento respecto del efectivo ejercicio de la soberanía popular. Esto ha sido objeto de debate en el ámbito académico de la filosofía política, en particular en las últimas décadas, pudiendo distinguirse *-grosso modo-* tres perspectivas divergentes. En primer término, aquellas que ponen el foco en cuál de los poderes constituidos (legislativo y judicial) tendrá la última palabra en materia de interpretación constitucional. Luego se encuentran las perspectivas que consideran que dicha interpretación es siempre realizada por más de un poder constituido y que la mira debe estar puesta en la genuina y eficaz deliberación que entre dichos poderes pudiera operar. Finalmente, en una postura conciliadora, se hallan quienes proponen diferenciar con mayor precisión aquellos casos en que la importancia estará dada por cuál será el poder que tenga la palabra final en materia hermenéutica y aquellos en que la prioridad estará dada por la interacción dialógica entre los poderes involucrados.

4.- Conclusiones

En honor a la brevedad del trabajo intentaré condensar algunas conclusiones y un puñado de interrogantes que quisiera dejar plasmados. En primer término, entiendo fundamental que ciertas instituciones y conceptos propios de las democracias liberales modernas puedan ser objeto de una re-lectura crítica. Y en ese repaso, desde ya, deberemos permitirnos interrogar acerca de la validez, la vigencia y la representatividad de instituciones tan pétreas como lo son el control judicial de constitucionalidad y la constitucionalización de derechos. Es decir, resultará por demás saludable repensar determinados acuerdos o compromisos -y su legitimidad actual- sin temor a considerar desestabilizadas la institucionalidad, ni mucho menos el propio sistema democrático. Aquí hago más determinadas propuestas de Roberto Gargarella las que considero podrían fortalecer la discusión institucional y, por tanto, la democracia. Por un lado, el mecanismo del “reenvío”, de manera de evitar que sea el Poder Judicial (no elegido democráticamente) quien tenga la última palabra en cuestiones constitucionales, así como la creación de órganos especiales para atender las cuestiones en que se debatan los derechos de un grupo minoritario y, finalmente, la máxima democratización en la selección de los jueces, pensando incluso en mecanismos de rotación y alternancia que redunden en una maximización de la eficacia y la transparencia.

Por otro lado, considero que lo antedicho podría tener una instancia de abordaje anterior en lo relativo a la constitucionalización de derechos. Es decir, entiendo que resultaría robustecedor para cualquier régimen democrático que su ley suprema pueda ser objeto de revisiones críticas que tiendan a convalidar, o no, la vigencia de aquellos derechos que un puñado de hombres consideraron fundamentales cientos de años atrás. Y este es un dato que no quisiera dejar de resaltar, porque esas constituciones de raíz liberal deben ser analizadas desde la contingencia de sus genealogías dado que, en la mayoría de ellas si no en todas, la participación ciudadana ha sido escasa (o interminablemente indirecta) y la participación directa es encarnada por hombres blancos, con expresa exclusión de las mujeres, y con determinado estatus socio-económico.

Para ello, deberá echarse mano de algunos de los postulados esbozados por esos grandes pensadores de la filosofía del derecho, como lo son nuestros compatriotas Carlos Nino y Roberto Gargarella, pero siempre asumiendo el compromiso con la deliberación pública que viéramos expresado en las posturas de filósofos como Jürgen Habermas y Joshua Cohen, destacando que siempre resultará fundamentalmente valiosa la defensa y garantía del respeto

a la pluralidad, la participación efectiva y la deliberación pública. Ello, sin dejar de percibir el dinamismo de las sociedades modernas y que todo estancamiento (aún en el plano normativo) podría ser tachado de esencialista. Comenzar por entender a los acuerdos (pero también a los desacuerdos) como medios y no como fines, sin obturar la deliberación pública y concibiendo a los conflictos como el gran combustible de las democracias modernas.

Para concluir, entiendo que esta tarea revisora podrá dotar de mayor representatividad a ciertas instituciones que sueltan sus amarras de la soberanía popular y, muchas veces, asumen una inercia que las distancia de las dinámicas y necesidades sociales. De esa manera, y en el mejor de los horizontes, logremos distanciarnos de ese concepto acuñado por el sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos, cuando se refiere a “*democracias de baja intensidad*”.

Bibliografía

Elster, J. (1998), *La Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, España.

Gargarella, R. (1996), *La Justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, Ecuador.

Gargarella, R. (1998), Carlos Nino, La Constitución de la Democracia Deliberativa, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, número 1, pp. 193/198.

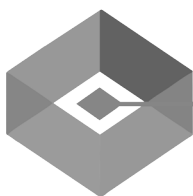
Moreso, JJ. (2000), “Sobre el Alcance del Precompromiso” en *Discusiones* número 1, pp. 95/107.

Nino, Carlos S. (1997), *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa Barcelona, España.

Nino, Carlos S. (1989), *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement (Derecho y Desacuerdos)*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España.

Interrupción voluntaria de la vida



Guillermina Zabalza

(UNICEN)

Resumen

Las nuevas oportunidades que presenta la ciencia en la intervención de la vida humana, visibiliza los dilemas bioéticos en el inicio, durante el devenir como en el ocaso de la existencia. Frente a esta nueva realidad, urge la necesidad de reflexionar sobre los posibles límites al avance científico en la atención del paciente, ya que no siempre todo lo posible es lo deseable en términos de dignidad.

Además, se presentan escenarios, en los que las personas desean decidir el momento y la modalidad de interrupción voluntaria que desean para sus biografías. La autonomía de la voluntad y su actualización nos interpelan como operadores jurídicos a proponer captaciones normativas que permitan la eutanasia, debiéndonos una adecuada regulación legal.

1.- Hipótesis de análisis

“Toda persona competente tiene derecho a interrumpir su vida tanto ante extremos de enfermedad como ante el cansancio de vivir”.

2.- Interrupción voluntaria de la vida: eutanasia²¹ y suicidio asistido

Las distintas maneras de construir la vida y la muerte, así como cada uno de sus procesos esta en constante deconstrucción. La perspectiva univoca de concebir la vida como un bien absoluto cede ante los profundos cambios culturales y el predominio de la autonomía de la voluntad de la persona y de su dignidad (Oliva Blázquez, 2013:738). En la cultura de lo múltiple, la diversidad de sentires y vivencias sobre cada proceso vital se encarna también en la trama de la juridicidad. El dilema no se centra en los despliegues de vida y libertad, sino en determinar si el derecho a la vida recoge la posibilidad de disponer de la misma (De Montalvo, 2009:212), entendiendo el “derecho a la vida” como el “derecho a hacer la vida” (Figuroa Yáñez, 2009), comprendiéndose la posibilidad de decidir según el marco de lo deseable desde la construcción de cada biografía (*Idem*, 2009).

Podemos hablar entonces de *interrupción voluntaria de la vida*²², incluyendo todas las aristas que conllevan a escenarios conocidos de eutanasia y de suicidio asistido, entendiendo que la posibilidad de interrumpir la vida no solo se puede dar ante enfermedades terminales, irreversibles o crónicas, sino también ante el deseo de poner fin a la propia existencia.

La eutanasia se presenta cuando, a pedido del paciente, el médico le administra una dosis letal con la intención de evitar un sufrimiento mayor; en tanto que en el suicidio asistido es el propio paciente quien pone fin a su vida con una dosis letal de una medicación prescrita por su médico con la intención de ayudarlo. En ambos supuestos el médico tiene un rol relevante, observándose no obstante que, en ambas situaciones el protagonista de la decisión es el paciente actualizando su derecho a la autodeterminación (Luna y Salle, 2000). Si bien, algunos consideran que existe una diferencia entre estos dos supuestos, en razón de que en el primero el médico sería directamente responsable de la muerte del paciente, en tanto en el segundo el profesional sanitario se limitaría a ayudar al paciente, creemos que tal diferencia no existe, ya que ambos se basan en el principio de libertad y autonomía de la persona, en tanto posibilitan la elección y determinación sobre su “derecho a hacer la vida” (Figuroa Yanez, 2010) comprendiendo la posibilidad de establecer la opción sobre su muerte como el último acto de su biografía vital.

²¹ Entendida como activa y voluntaria.

²² Esta denominación la tomo de Ignacio Maglio en su conferencia “*Testamento vital, directivas anticipadas*”, organizada por el Hospital San Juan de Dios, y disponible en https://youtu.be/8fCps-X1_Yc

Legislar la eutanasia y el suicidio asistido hoy parece una obligación de cada Estado, de modo tal que el derecho a morir encuentre su recepción normativa para poder desplegar el derecho de vivir y construir la vida conteste con cada biografía integra la nómina de los derechos fundamentales.

La eutanasia y el suicidio asistido solo han sido regulados en algunos países del globo. La primera ley que se conoció fue en Australia, conocida como *Rights of the Terminally Ill Act*, de 1985. Luego en Holanda, con la base de una previa e importante construcción jurisprudencial, se dictó en el año 2000 la ley de “Terminación de la vida a petición propia y del suicidio asistido”, regulándose ambas figuras. Más tarde, en el año 2002, en Bélgica se dicta la “Ley de eutanasia”, y en el año 2009 en Luxemburgo entra en vigencia la “Ley sobre la eutanasia y el suicidio asistido”. En Colombia se permite la eutanasia por la Resolución²³ emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social de 2015. En Estados Unidos no está aún permitida la eutanasia, pero sí el suicidio asistido en alguno de sus Estados, como es el ejemplo del Estado de Oregón.

En Canadá, la sentencia dictada por la Corte Suprema del 6 de febrero del año 2015 en el asunto *Carter v. Canadá* reconoce que la ayuda médica a morir –tanto suicidio asistido por médico y eutanasia activa y directa– es un derecho fundamental. Al analizar la norma penal que prohíbe la ayuda al suicidio –también para los casos de enfermos terminales–, afirma la Corte que la inconstitucionalidad de negar la ayuda médica a morir a enfermos adultos competentes que la pidan a consecuencia de una enfermedad o discapacidad que les cause un sufrimiento permanente, intolerable e irreversible. Esta sentencia revoca la postura sentada en el año 1993, en el caso *Rodríguez v. British Columbia*, en la que se negó (aunque por una mayoría ajustada de 5 a 4 magistrados) el suicidio asistido a Sue Rodríguez quien padecía de esclerosis lateral amiotrófica. La sentencia *Carter* considera que la decisión sobre vivir o dejar vivir se enmarca en el contexto de valores y experiencia vital de cada persona; esta debe tener el control de su integridad corporal (2015).

Recientemente en Perú, ante la demanda de Ana Estrada, la Corte Superior de Justicia de Lima reconoce el derecho a la muerte asistida, permitiendo que se practique la eutanasia a Ana Estrada, una psicóloga peruana de 44 años que padece polimiositis, una enfermedad degenerativa que inflama y debilita los músculos. En el año 2015, la enfermedad avanzó sobre sus mús-

²³ Resolución 1216 de 2015, disponible en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-1216-de-2015.pdf>, consultada el 4 de abril de 2021

culos respiratorios, motivo por el cual se le realizó una traqueostomía y una gastrostomía. Ante el progresivo avance de su deterioro físico, Ana abrió en 2019 un Blog “*Ana busca la muerte digna*”, planteando su petición en la plataforma Change.org para que las autoridades peruanas le permitieran acceder a la muerte asistida, y finalmente la Defensoría del Pueblo de Perú llevó su lucha al Poder Judicial a través de una acción de amparo.

La eutanasia en Perú es ilegal, y la demanda no tenía precedentes, ya que el Código Penal sanciona con prisión de tres años el *homicidio piadoso* de un paciente incurable. Con la sentencia del 22 de febrero de 2021, la Corte Superior de Justicia de Lima reconoce el derecho a la eutanasia, ordenando al Ministerio de Salud de Perú que respete la voluntad de Estrada de poner fin a su vida a través de la eutanasia y que no se aplique el Código Penal peruano en su caso, para que los profesionales que intervengan no puedan ser procesados.

En suma, de alguna manera, como hace unos días expresaba Ignacio Maglio en su disertación sobre Testamento vital y directivas anticipadas, “*lo que nos separa de la muerte es el tiempo y muchas veces la muerte es la misericordia del tiempo*”²⁴.

2.1.- España²⁵ y su regulación sobre la eutanasia y el suicidio asistido

El 24 de marzo de 2021, se sanciona en España la Ley Orgánica 3/2021 que pretende dar respuesta jurídica, sistemática y garantista al reclamo social sobre la eutanasia. España da cuenta de diferentes reclamos para garantizar la libertad de decidir al final de la vida. Recordamos en tal sentido, la historia de Ramón Sampredo, quien desde los 25 años de edad estaba tetrapléjico en virtud de un accidente. En 1993 inicio su lucha ante la justicia pidiendo su derecho a morir dignamente, solicitando el suicidio asistido y que la/s persona/s que lo ayudara/n o auxiliase/n no incurrieran en delito, ya que su estado físico lo incapacitaba para hacerlo sin ayuda externa. Ante la negativa de su pedido, tanto a nivel nacional como por la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, logró su propósito con la ayuda de varias personas en enero de 1998. Sampredo convirtió su lucha en una batalla por la defensa de las libertades individuales y de la eutanasia en España. Durante años se intercambió correspondencia con numerosas personas, dándose a conocer

²⁴ Expresado en la conferencia “*Testamento vital, directivas anticipadas*”, organizada por el Hospital San Juan de Dios, y disponible en https://youtu.be/8fCps-X1_Yc

²⁵ En el año 2002 España sanciona la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Deberes y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

estas cartas en su libro *Cartas desde el infierno*, así como poemas y pensamientos personales que escribía desde su cama²⁶. Otra historia que conmovió al mundo y en especial a España, fue el suicidio -en abril de 2017- de José Antonio Arrabal López, de 58 años. José Antonio fue diagnosticado con Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA) en agosto de 2015; y decidió suicidarse delante de una cámara de video. Al morir expresó su indignidad por “*tener que morir en la clandestinidad*”, reclamando la legalización del suicidio asistido y la eutanasia²⁷. Unos años después, el 3 de abril de 2019 Ángel Hernández ayuda a su esposa María José Carrasco²⁸ a morir. María padecía esclerosis múltiple, estando prácticamente inmovilizada, con lo cual necesitaba de la ayuda de su esposo para poder realizar su suicidio. Ángel grabó todo el procedimiento, desde la declaración de voluntad de María y su toma de decisión, hasta el mismo suicidio asistido. Historias como las narradas, así como la de Madeliene de 69 años con Esclerosis Lateral Amiotrófica cuando decía “*quiero dejar de no vivir*”²⁹ antes de poner fin a su vida, son algunos de los tantos testimonios que subyacen de la coyuntura social pretendiendo la regulación de la eutanasia y el suicidio asistido.

Ante un reclamo social cada vez más fuerte, se legaliza y regula la eutanasia en España en marzo de 2021, introduciéndose en el derecho español un nuevo derecho individual como es la eutanasia, comprendiéndose en la noción “*prestación de ayuda para morir*”. De esta manera, España pretende respetar la autonomía de la voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables. Se distinguen dos conductas eutanásicas diferentes, conocidas en la literatura bioética como la eutanasia activa y directa y el suicidio asistido. En el suicidio asistido, es el

²⁶ “*Mar adentro*” es una película española biográfica-dramática de 2004 coescrita y dirigida por Alejandro Amenábar y protagonizada por Javier Bardem, Belén Rueda y Lola Dueñas. Se trata de una versión de *Condenado a vivir* de 2001 y está basada en la historia real de Ramón Sampedro, un escritor y exmarinero quien queda tetrapléjico tras un accidente ocurrido durante su juventud y permanece postrado en una cama durante casi 30 años, situación por la que desea morir mediante la aplicación de la eutanasia. La película relata la lucha de Sampedro para lograr que la ley reconozca su derecho a morir. Resultó ganadora del Óscar a la Mejor Película Extranjera, entre otros numerosos premios.

²⁷ <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20170406/enfermo-ela-difunde-suicidio-para-reclamar-aprobacion-eutanasia-5957734>, consultado el 13 de mayo de 2021.

²⁸ <https://es-la.facebook.com/elmundo/videos/1040611946322597/>, consultado el 13 de mayo de 2021

²⁹ https://elpais.com/diario/2007/01/17/sociedad/1168988401_850215.html, consultado el 13 de mayo de 2021.

propio paciente la persona que termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre. En la eutanasia activa es la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de este, cuando se produce dentro de un contexto eutanásico por causa de padecimiento grave, crónico e incapacitante o enfermedad grave e incurable, causantes de un sufrimiento intolerable.

En tal sentido, el texto normativo comprende en la noción **“prestación de ayuda para morir”**, ambas denotaciones. Se establece en el artículo 3 apartado g) que se entiende por *“prestación de ayuda para morir”*: *la acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta Ley y que ha manifestado su deseo de morir. Dicha prestación se puede producir en dos modalidades: 1ª) la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente; 2ª) la prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte.* De esta manera, se materializa el derecho de toda persona -en tanto cumpla con los requisitos previstos por la ley- de solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir.

La ley consta de cinco capítulos, el primero está destinado a delimitar su objeto y ámbito de aplicación, previendo las calificaciones o definiciones claves del texto normativo. En este sentido, la norma toma como criterio la definición de los conceptos que se entienden clave para poder efectivizar el derecho a la eutanasia. De modo tal, que la ley clarifica posibles dudas que se presentan en la interpretación literal ante la multivocidad de los vocablos. El capítulo segundo establece las condiciones y requisitos para que se pueda pedir la ayuda para morir y las condiciones de su ejercicio. Dentro de los requisitos para recibir la prestación para morir, que se trate de una persona con nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar y decidir, siempre que tal pedido lo realice de manera autónoma, conciente e informada; y que se encuentre en los supuestos previstos por ley de *padeci-*

*miento grave, crónico e imposibilitante*³⁰ o de *enfermedad grave e incurable*³¹ causantes de un sufrimiento físico o psíquico intolerables. De esta manera la ley amplifica las posibilidades de solicitar la eutanasia, ya que la misma no solo será ante la presencia de una *enfermedad grave e incurable*, sino también ante los escenarios de *padecimiento grave, crónico e imposibilitante*, comprendiendo situaciones de limitaciones que inciden en la autonomía física y actividades de la vida diaria, que no permitan valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable.

La ley consagra el derecho a solicitar la *prestación de ayuda* para morir a toda persona mayor de edad y capaz, requiriéndose la decisión autónoma de la persona, plasmándose en la historia clínica la información recibida por el paciente y la comprensión de la misma, así como su consentimiento informado. La ley posibilita también que la ayuda para morir sea instrumentada a través de directivas anticipadas o documentos de instrucciones previas, de modo tal que se puede anticipar el consentimiento ante supuestos de posible incompetencia. Además la norma prevé que la eutanasia la realice un profesional de la salud, quedando fuera del texto de la ley la posibilidad de que la misma sea realizada por otra persona.

La ley también preve la *objeción de conciencia sanitaria*, definiéndolo como “*un derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones*”. De esta manera, la ley propone puntos de encuentro y de equilibrio entre la autonomía de la voluntad de la persona de autodeterminarse y la libertad de los agentes sanitarios de poder abstenerse de tal práctica en virtud de su propia conciencia. Recordamos a Casado cuando nos hacía reflexionar en que “*la conciencia es del individuo, no del hospital, y el médico puede tener una opinión muy distinta a la del paciente*” (Casado, 2006). De esta manera, se garantiza la prestación de la ayuda para morir, sin perjuicio de la posibilidad de objeción de conciencia del personal sanitario.

³⁰ Artículo 3, inciso b): “*Padecimiento grave, crónico e imposibilitante*”: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico.

³¹ Artículo 3, inciso c): “*Enfermedad grave e incurable*”: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.

El capítulo tercero regula el procedimiento que se debe seguir para poder efectivizar el derecho a la eutanasia y las garantías que se deben observar en la aplicación de dicha prestación. El capítulo cuarto establece los elementos que permite garantizar a toda la ciudadanía el acceso en condiciones de igualdad a la prestación de ayuda para morir, incluyéndola en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y garantizando así su financiación pública, pero garantizando también su prestación en centros privados, o incluso en el mismo domicilio.

Finalmente, el capítulo quinto regula las Comisiones de Garantía y Evaluación que deberán crearse en todas las Comunidades Autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla a los fines de esta Ley.

En suma, la ley española pretende dar respuesta a los diversos reclamos planteados en torno al derecho de morir, regulando de esta manera el derecho individual a la eutanasia, previniéndose la accesibilidad en contextos de igualdad. El avance legislativo es notable, no obstante, desde nuestro criterio aun queda por legislar el derecho a morir en general, sin que quede limitada su posibilidad a contextos de enfermedad, visibilizando situaciones en las que la pretensión se da ante el cansancio de vivir.

2.2.- Contextos diversos que plantean la autodeterminación al final de la vida

Reclamos actuales nos hacen repensar sobre los nuevos alcances de la eutanasia y el suicidio asistido ante escenarios donde la vida ya no es tolerada. En la sentencia T-322 de 2017, la Corte estudió el caso de un adulto mayor de 91 años, que solicitó se le practicara el procedimiento previsto en la Resolución 1216 de 2015, en razón de la soledad por la que atravesaba, aunada a su estado de salud. El señor de 91 años, alega en su petición *“En el mes de julio de 2015 acudí al Hospital Universitario San José de esta ciudad, con el fin de que se me aplicara la eutanasia, primero me atendió un médico general y luego un psiquiatra de apellido Dulcey, pero este se negó a ordenar que me apliquen la eutanasia porque dice que no me encuentro bien mentalmente. Yo me encuentro afiliado a la Nueva EPS. Lo que pretendo con esta acción de tutela es que se acceda a aplicarme la eutanasia porque aunque me encuentre bien de la mente estoy solo, no puedo caminar bien, estoy próximo a quedar en silla de ruedas, no puedo hacer nada y no hay quien vele por mí. Se me está vulnerando mi derecho a morir dignamente porque yo he oído que la eutanasia se puede aplicar a enfermos que estén graves o cuando el paciente así lo solicite. (...) Vivo con una sobrina Gicer López Anacona, pero ella se ocupa de las cosas de la casa. (...) Los nombres de mis hijos son Norles Anacona Pino, vive en barrio Guayabal de esta ciudad, (...) Albeiro Anacona*

Muñoz, vive en Bogotá, Cielo Patricia Anacona Pino, vive por el terminal de esta ciudad, (...) y Sandra Milena Anacona Gómez, ella es enferma, vive en el barrio los Comuneros de esta ciudad. (...) Lo que necesito es que se me aplique la eutanasia sin lugar a negativas por parte de la entidad accionada. Es todo.”

La petición fue denegada, considerándose que este supuesto no estaba incluido en la Resolución mencionada negándose el derecho del accionante a morir dignamente y concedió el amparo del derecho a la vida digna. La sentencia observa que *“Las particularidades del caso obligan a la Corte a reparar en ellas. Se trata de un hombre de la tercera edad, quien a pesar de tener varios hijos, biológicos y de crianza, se encuentra inicialmente en una situación dramática, en un estado de indefensión y soledad tan extremo, que pide verbalmente le sea terminada su vida con el fin de acabar un sufrimiento que lo aqueja. También es el caso de un hombre con una pensión modesta, devengada como fruto de su trabajo, que es un instrumento de protección para sobrellevar la vejez, pero también ha generado conflictos en su familia, poniéndolo a él en medio de la polémica. Por eso, el deseo de morir dignamente que expresó Reinaldo Anacona Gómez en su solicitud verbal inicial, no parece para la Sala ser otra cosa que un deseo profundo de vivir dignamente, tanto así, que al pronunciarse en voz alta se confunde, diciendo, prácticamente, que la vida que vivía el accionante, al momento de presentar su solicitud, no merecía a su juicio ser vivida”*. Se concluye que Sr. Reinaldo Anacona Gómez se encontraba en una situación dramática, que se puede mejorar con la actuación solidaria de su familia y las instituciones competentes para asegurar el goce efectivo de sus derechos.

Recordamos también el caso de Alda Gross de 82 años de edad, que de alguna manera revive el planteo de Hass contra Suiza³². Desde hacia un tiempo y sin encontrarse afectado por una enfermedad terminal o crónica, venía expresando su deseo de suicidarse, porque con el paso del tiempo se está volviendo cada vez más frágil, y no está dispuesta a seguir sufriendo el declive de sus facultades físicas y mentales. En el año 2005 tras un fallido intento de suicidio, la demandante recibió tratamiento psiquiátrico, tratamiento que no modificó su deseo de morir. Temía las consecuencias de otro intento fallido de suicidio, y decidió poner fin a su vida tomando una dosis letal de pentorbital sódico.

Alda Gross solicitó a diferentes médicos la receta médica de pentobarbital sódico con el objeto de suicidarse, pero solo uno de los médicos aceptó facilitarle la receta siempre que le garantizase que no sufriría una sanción por emitir la receta médica. Ello obligó a Alda Gross a elevar su petición de pentobarbital sódico al Consejo de Salud del Cantón de Zúrich, que la denegó

³² TEDH, “Haas contra Suiza”, sentencia de 20 de enero de 2011.

aduciendo que ni la Constitución Suiza ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos obligan al Estado a facilitar medios a quien desea suicidarse. Alda Gross impugnó la negativa y el caso terminó en el Tribunal Supremo de Suiza, quien manifestó que el Código Penal de Suiza exime de responsabilidad al médico que auxilia al suicidio de un paciente que padece una enfermedad terminal con el fin de aliviar el sufrimiento, pero que en el supuesto de no padecer enfermedad terminal no exime al médico de responsabilidad, por lo que desestimó la petición de Alda Gross (Beltrán Aguirre, 2013).

Ante esta situación, Gross acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano que pronuncia su sentencia el 14 de mayo de 2013. Si bien, no decide sobre la cuestión de fondo, por considerar que es competencia de Suiza decidir si se debe proporcionar a la mujer el fármaco que necesita para suicidarse, insta al Estado suizo a legislar directrices claras y completas sobre el suicidio asistido, en la medida en que la actual regulación no establece pautas sobre quién, cómo y cuándo puede recurrir al suicidio asistido.

Esta sentencia trasciende la interpretación proyectada en la sentencia dictada el 20 de enero de 2011 en el caso Hass contra Suiza, puesto que además de considerar que el derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar con su vida, siempre que esté en condiciones de forjar libremente su voluntad y actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 CEDH, observa que el deseo de la demandante de disponer de una dosis de pentobarbital sódico que el permitiera acabar con su vida entra dentro del ámbito de su derecho al respeto a su vida privada, previsto en el art. 8 del Convenio.

Razona que *«sin negar el principio de santidad de la vida protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal ha considerado que en una era de continuos avances médicos y de mayor expectativa de vida, muchas personas consideran que no se les debe forzar a prolongar la vejez o a vivir en estados de decrepitud física o mental avanzada, que entran en conflicto con las nociones dominantes de la autonomía y la identidad personal»*. En suma, en esta Sentencia se sitúa la autonomía personal por encima del respeto y protección por el Estado de la vida, y, por ende, se admite el derecho de una persona que ha forjado libremente su decisión de suicidarse a ser auxiliada para concretarlo, aun cuando no padezca una enfermedad terminal. Aquí radica el cambio sustancial de criterio del TEDH (Beltrán Aguirre, 2013:2).

Partiendo de esta premisa, hace notar que si bien Suiza no tiene debidamente regulado por ley el suicidio asistido. El TEDH entiende que la falta de

normas legales precisas viola el derecho de Alda Gross a la vida privada que le garantiza el artículo 8 del CEDH, lo que le ha producido una angustia considerable que resulta inaceptable. En fin, entiende el TEDH que si el suicidio asistido es lícito, hay que garantizarlo regulándolo convenientemente en el sentido de precisar en qué casos los médicos deben aceptar la petición de una persona de que se le facilite un fármaco para suicidarse y cuando las personas tienen derecho a hacer esta solicitud (Beltrán Aguirre, 2013:3).

La creciente autonomía de la voluntad da muestra de sus alcances, visibilizándose la posibilidad de decidir no solo ante situaciones de enfermedad sino también ante el deseo de ya no continuar con la vida. En este sentido, fue noticia que un científico australiano de 104 años viajó a Suiza para solicitar el suicidio asistido. No padece ninguna enfermedad en fase terminal, pero argumenta que su calidad de vida se ha deteriorado. David Goodall expresó *“No soy feliz; Quiero morirme. No es particularmente triste”, explicó a la cadena de televisión australiana ABC el día de su cumpleaños, a principios de abril. “lo que es triste es que me lo impidan. Mi sentimiento es que una persona mayor como yo debe beneficiarse de sus plenos derechos de ciudadano, incluido el derecho al suicidio asistido”, añadió*³³. En sus últimas horas Goodall estuvo acompañado por sus hijos y sus nietos, escuchó la novena sinfonía de Beethoven, el Himno de la Alegría, antes de girar él mismo el mecanismo de la inyección letal de Nembutal que acabó con su vida. La noche previa a su muerte, Goodall expresó ante los medios de comunicación que esperaba que su «partida» haga que las cosas cambien en su país y se permita que las personas mayores puedan decidir cuándo y dónde desean morir³⁴.

En suma, pensar desde la complejidad, nos hace contemplar que *“la vida es una totalidad abierta, inacabada e incompleta, que se diferencia de manera diferente en cada una de sus afirmaciones. No hay un devenir homogéneo atravesando las cosas, la vida es diferente en cada una de sus expresiones, las diferencias difieren entre sí. Lo que en la vida se repite incesantemente no es lo mismo, sino lo otro: el poder diferenciante de una vida perpetuamente diferente”* (Giorgi y Rodríguez, 2007:22).

³³El científico australiano David Goodall se suicida asistido en una clínica suiza, disponible en https://elpais.com/internacional/2018/05/10/actualidad/1525949833_715167.html (consultado en noviembre 2020); Muere David Goodall, el científico australiano de 104 años que viajó a Suiza para someterse a un suicidio asistido, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44067941> (consultado en noviembre de 2020)

³⁴ *Muere el científico australiano de 104 años que viajó a Suiza para su suicidio asistido*, disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20180510/se-suicida-cientifico-australiano-104-anos-viajo-suiza/1731133.shtml>

3.- Primeras conclusiones de cierre

El reconocimiento de la subjetividad en la posmodernidad, nos insta como constructores jurídicos a crear respuestas normativas que admitan las prácticas eutanásicas, de manera similar a como ha sucedido en algunas legislaciones del derecho comparado³⁵. Creemos que existe un derecho a morir basado en el derecho de las personas a tomar sus propias decisiones de forma libre en asuntos que afectan su dignidad personal y su autonomía³⁶, como una proyección del derecho a hacer la vida en contextos de libertad. La muerte forma parte de la vida, constituyendo la misma el acto final de cada biografía humana, por tanto el principio que consagra la vida digna subsume la dignidad en el proceso de muerte³⁷.

La autonomía de la voluntad y su actualización nos interpelan como operadores jurídicos a proponer captaciones normativas que permitan la eutanasia, debiéndonos una adecuada regulación legal³⁸.

Bibliografía

Beltrán Aguirre, Juan Luis (2013), “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el suicidio asistido: cambio sustancial de postura en su sentencia de 14 de mayo de 2013”, en *Revista Aranzadi*, Doctrinal nº 5/2013.

³⁵Australia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo.

³⁶Dworkin y Rawls presentaron ante el Tribunal Supremo de EEUU, en los casos «Washington v. Glucksberg (1997) y Vacco v. Quill (1997) un documento denominado Brief: «*Existe un derecho constitucional a morir basado en el derecho reconocido en la Constitución de las personas a tomar sus propias decisiones de forma libre en asuntos que afectan a su dignidad personal y autonomía*».

³⁷La Ley 2/2010 de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, de Andalucía, visibiliza las intersecciones que existen entre la vida digna y la muerte en contextos de dignidad, previendo que “*Todos los seres humanos aspiran a vivir dignamente. El ordenamiento jurídico trata de concretar y simultáneamente proteger esta aspiración. Pero la muerte también forma parte de la vida. Morir constituye el acto final de la biografía personal de cada ser humano y no puede ser separada de aquella como algo distinto. Por tanto, el imperativo de la vida digna alcanza también a la muerte. Una vida digna requiere una muerte digna. El derecho a una vida humana digna no se puede truncar con una muerte indigna. El ordenamiento jurídico está, por tanto, llamado también a concretar y proteger este ideal de la muerte digna*”

³⁸«La eutanasia debe tratarse como una cuestión de respeto a la autonomía de las personas» (Observatorio de Bioética y Derecho (España)); «no poder decidir la muerte de acuerdo con las convicciones propias equivale a renunciar a un aspecto importante de la dignidad humana» Comité de Bioética de Cataluña)

Casado, María (2006), *Una futura ley de eutanasia debe garantizar la objeción de conciencia*, disponible en <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/mc45.pdf>, visitado el 23 de junio de 2021.

De Montalvo Jaakelainen, Federico, *Muerte digna y Constitución. Los límites del testamento vital*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2009.

Figueroa Yáñez, Gonzalo (2009), “El ‘derecho a la vida’ y el ‘derecho a hacer la vida’ en colisión. Algunas consideraciones frente a una sentencia judicial”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, pp. 209-214.

Figuerá Yáñez, Gonzalo (2010), “El “derecho a la vida” y el “derecho a hacer la vida” en colisión. Algunas consideraciones frente a una sentencia judicial”, en *RDF*, 2010 – II, pp. 231 y ss.

Giorgi, Gabriel y Rodríguez, Fermín (comps.) (2007), “Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida”, en *Espacios del Saber*, 67, Paidós, Buenos Aires.

Lamm, Eleonora (2015), “Actualidad bioética en la Argentina y en el mundo”, en *RDF* 70-383, cita online: AP/DOC/451/2015

Rey Martínez, Fernando (2015), *La ayuda médica a morir como derecho fundamental*, en *La Ley*, N° 8512.

Luna, Florencia y Salles, Arleen (2000), “Introducción: decisiones sobre la muerte”, en *Decisiones de vida y muerte*, Sudamericana, Buenos Aires.

Oliva Blázquez, Francisco (2013), “Derecho a la Vida”, en María del Carmen Gete-Alonso Galera(Dir), Judith Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Civitas, España, ISBN: 978-84-470-4413-9.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS

Normalidad y excepción. Estándares Internacionales para la adopción de medidas en situaciones de emergencia



Facundo Manuel Achaga

(UNICEN)

Resumen

El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Científica, (PIC) titulado *Un Estudio sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Provincia de Buenos Aires durante el período 2011-2019*, radicado en la secretaría de Investigación y Posgrado de la Facultad de Derecho (U.N.C.P.B.A.).

Sin perjuicio del recorte temporal y territorial del mentado proyecto de investigación, la actualidad nos brinda un contexto propicio para problematizar respecto a las situaciones de emergencia. En este sentido, a principios de Marzo del 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó como pandemia a la enfermedad COVID -19, transmitida por un virus que rápidamente se propagó por distintos Estados. Ante esta situación, tan veloz como absolutamente inesperada e imprevisible, los distintos gobiernos utilizaron y produjeron normativa de emergencia y de excepción, como respuesta a distintas situaciones acaecidas a raíz de la pandemia.

Así, la necesidad, la urgencia, y la emergencia, se transformaron en los motores que posibilitaron a los distintos gobiernos concentrar el poder, en general, en órganos unipersonales, y limitar los derechos de las personas, con la intención de proteger el *statu quo*. Ahora bien, ¿en qué consiste, precisamente, ese *statu quo*?

El presente trabajo tiene por finalidad analizar, en primer lugar, los fundamentos de las medidas de excepción (en términos abstractos) y, por otro lado, los estándares internacionales dispuestos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que deben ser respetados por los Estados para proceder a utilizarlas, ya sea que limiten o suspendan derechos.

1.- Introducción

La humanidad aún se encuentra perpleja por la feroz pandemia que azota a todos los Estados de la comunidad internacional. En efecto, la sorpresa y la inmediatez con que se expandió el virus SARS-COV-2 (que causa la enfermedad COVID-19) puso en evidencia algunas cuestiones que nos obligan a (re)pensar nuestra “normalidad”.

En primer lugar, resulta un hecho manifiesto y notorio la incapacidad de respuesta de las instituciones nacionales e internacionales para afrontar y mitigar las consecuencias de una enfermedad altamente contagiosa que, evidentemente, no se encontraba en las previsiones de ninguna autoridad. Las instituciones quedaron impávidas frente a una enfermedad que desconocían, y los distintos gobiernos echaron mano a las medidas de excepción previstas en sus sistemas jurídicos, con la intención de evitar su propagación. A ello debe sumarse –al menos durante el 2020- el lógico temor frente a la inexistencia de una vacuna que pudiera inmunizar a la población, y el latente riesgo que representó el eventual colapso de los distintos sistemas sanitarios. Este contexto determinó a los gobiernos a adoptar, con distintas modalidades, la centenaria receta de la cuarentena. En este sentido, **la vivienda se transformó en el refugio contra el virus.**

En cierta medida, entonces, la necesidad por proteger la “normalidad” o el *statu quo*, y la urgencia e inmediatez con que la enfermedad amenazaba esa “normalidad”, se transformaron en la motivación de las distintas restricciones o suspensiones de derechos que –asimismo- resultaron el sustrato jurídico necesario para posibilitar la lucha contra un virus que, en muchas ocasiones, se graficó como aquél *enemigo invisible* que la humanidad debía combatir.

Ahora bien, ¿en qué consiste esa “normalidad” que estamos llamados a defender? La intención del presente ensayo es explorar aquél *Statu quo*, en tanto su protección resulta el fundamento de las medidas de excepción adoptadas y, asimismo, analizar los estándares internacionales en materia de restricción y suspensión de derechos, que se presentan como límites infranqueables para los Estados, y a cuyo apego deben someterse en situaciones de crisis

como la actual. La intención es realizar un análisis del estado de excepción desde el punto de vista filosófico-político y jurídico.

Trataremos de pensar, asimismo, el diseño de una “nueva normalidad”. En ese sentido, el trabajo pretende aportar una mirada realista, pero desde la esperanza de que resulta posible construir un nuevo orden.

2.- La excepción y la regla

El fundamento del estado de excepción fue estudiado por distintas corrientes de la filosofía política. Uno de los principales referentes, sin dudas, es Carl Schmitt, cuyos trabajos y cuyas opiniones han desatado las más intensas polémicas.

En el conjunto de trabajos que forman la obra de Schmitt, soberanía, decisión y estado de excepción son conceptos que se relacionan y dan sentido entre sí. De ahí su idea de que *es soberano quien decide el estado de excepción*.

Se debe decir, en primer lugar, que el filósofo alemán diferencia el estado de excepción de aquellas medidas también excepcionales que habilitan al Ejecutivo a ejercer poderes de emergencia; esas medidas y esos poderes de emergencia se encuentran regulados en los textos constitucionales. En cambio el estado de excepción parecería ir más allá de la coyuntura concreta (Farid, 2006). **El concepto refiere a una situación fáctica límite producto de una extrema necesidad histórica material que exige al soberano su dictado y, por tanto, esa situación fáctica no puede –conforme sostiene el autor- ser prevista por una norma.**

El objetivo de Schmitt es inscribir el estado de excepción en un contexto jurídico, vinculándolo –entonces- al propio ordenamiento jurídico. Ahora, si bien el autor pretende alejarse de todo concepto de anomia, alega que el tipo de orden existente en el estado de excepción no es un orden de tipo jurídico, pero tiene vocación de generarlo, o bien generar las condiciones que lo posibiliten. Plantea Schmitt que: *“En la decisión sobre el estado de excepción, la norma es suspendida o inclusive anulada; pero aquello que está en cuestión en esta suspensión es, una vez más, la creación de una situación que haga posible la aplicación de la norma”*(véase en Aguiar, 2004:77).

Allí se topa el autor con una paradoja: la de inscribir en el derecho algo que es exterior a él. De esta forma, el soberano, que está fuera del ordenamiento jurídico, decide su suspensión ante una situación límite que lo amenaza (Taccetta, 2015:18).

Sostiene Schmitt que la soberanía está, entonces, en la propia decisión del soberano y no en la ley. Es que, en definitiva, plantea una verdadera crítica al liberalismo, que entiende que el poder soberano recae en la ley en tanto puede determinar a la autoridad superior; en cambio, el autor alemán sostiene que en verdad soberano es quien puede decidir sobre el estado de excepción, pues es quien pondera la situación fáctica que amerita su decisión de declararlo. Plantea que la ley como tal es incapaz de prever la excepción o lo anormal, por lo que **es la decisión del soberano la que define qué es la excepción y –por tanto- qué es lo “normal”**³⁹.

Tal vez por haber pertenecido a un momento histórico signado por la guerra y la catástrofe, quien también ha realizado un gran aporte fue Walter Benjamin. En la concepción *benjaminiana* se advierte una crítica al historicismo, en tanto entiende a la historia como un **continuo lineal hacia el futuro en constante progreso**; a esa visión, Benjamin opone la de los oprimidos: en su octava tesis plantea que **desde la tradición de los oprimidos, la regla siempre es el “estado de excepción” en el que realmente vivimos**; alega que no existe excepcionalidad en ese continuo de dominación, y con el contenido mesiánico que suele caracterizar su trabajo, **insta la producción de un verdadero estado de excepción para interrumpir la regla**.

Giorgio Agamben, filósofo italiano, ha retomado estos conceptos. Particularmente, caracteriza al estado de excepción como la forma paradigmática de gobierno del siglo XX. A diferencia de Schmitt (que entendía al estado de excepción como una instancia temporal), el estado de excepción en la concepción de Agamben debería presentarse como provisorio pero, sin embargo, se ha transformado en la regla que define la normalidad.

Agamben señala que, en efecto, desde la Primera Guerra Mundial se ha producido la instauración del estado de excepción independientemente de si estuviera formalizado o no en el ordenamiento jurídico. Así, analiza la situación del nazismo en Alemania, que dictó el estado de excepción suspendiendo derechos y libertades y encarnando la completa administración de la vida (biopolítica), extendiéndose durante doce años; pero también menciona que en la actualidad nos encontramos en un estado de excepción no declarado, en el que **la seguridad de todos parece estar en riesgo frente a peligros cuya existencia –en muchas ocasiones- no parece verificable**. Así, menciona, por ejemplo, la *indefinite detention* dictada por el gobierno de los Estados Unidos en el 2001, o la condición de *detainee*⁴⁰ de los prisioneros capturados en Afganistan.

³⁹ En una clara crítica a Hans Kelsen, plantea que el orden jurídico descansa en la decisión y no en la norma.

⁴⁰ “Ni prisioneros ni acusados, solamente *detainees*”.

En este sentido, Agamben toma el concepto de campo de concentración de Hannah Arendt y plantea que **el campo de concentración es el espacio que se abre cuando el estado de excepción comienza a convertirse en regla.**

Asimismo, alega que en tanto el estado de excepción es una situación fáctica extraña a la ley, no existe forma de que la ley pueda prever esa situación. Y aquí encuentra la paradoja: si el estado de excepción resulta una suspensión parcial o total del ordenamiento jurídico, ¿entonces cómo puede pensarse dentro de él?⁴¹. Al igual que Schmitt, entonces, llama su atención este juego en el que la *anomia* parece incorporarse al *orden* (jurídico). Para Agamben el estado de excepción resulta una zona de indeterminación entre el “dentro” y el “fuera”: la suspensión del ordenamiento jurídico no acaba con ese orden; pero tampoco la anomia que se instala se encuentra tan fuera de él.

Las teorías filosóficas analizadas precedentemente oscilan entre la “normalidad” y la excepción. Son muchos los interrogantes que pretenden responder y que asimismo nos invitan a pensar nuestro presente: ¿qué es lo “normal”?; ¿vivimos en una normalización de lo excepcional?; ¿o bien lo excepcional resulta ser algo distinto y foráneo que irrumpe en nuestra apreciada “normalidad”? Los autores citados analizan este instituto que ha despertado polémicas, y sus análisis revisten importancia en tanto pueden utilizarse como medios para comprender el funcionamiento del Derecho.

3.- Una “Normalidad” excluyente e insegura

La pandemia sin dudas constituye una situación límite que nos toca atravesar. Las propias particularidades pusieron nuevamente sobre el tapete la situación de excesiva desigualdad estructural⁴² sobre la que se alza nuestra sociedad. Como determina Pilar Calveiro, “*si en las sociedades modernas la ley protege la vida y la propiedad, sin embargo hay quienes carecen de ésta y cuya vida no está a resguardo(...) son los prescindibles, peligrosos*” (Calveiro, 2008:26). Desde una postura *benjaminiana* podríamos decir que, desde la visión de los oprimidos, el estado de excepción no se vincula con la restricción o suspensión de derechos que pudieron dictar los órganos ejecutivos o los parlamentos en los distintos Estados, sino con una histórica situación de desigualdad que, antes que nada, permite observar que la excepción se ha transformado en “normalidad”.

⁴¹ Estar-fuera y, sin embargo, pertenecer: esa es la estructura topológica del estado de excepción. (Agamben, 2010:75).

⁴² Al respecto, puede verse Saba, Roberto, (2004), 14.

En Argentina la crisis sanitaria que ingresó por el aeropuerto internacional, termina afectando en forma feroz a quienes habitan en asentamientos humildes, donde el hacinamiento y la pobreza resultan ser postales corrientes. Esta postal se replica en muchos países de América Latina, una de las regiones más desiguales del mundo.

Nuestra “normalidad”, también, resulta construida sobre la base del miedo a la inseguridad. Agamben explica, como se expusiera en el punto anterior, que el siglo XX se ha presentado con un paradigma de gobierno, este es, el estado de excepción. Asimismo, explica que las democracias occidentales hace tiempo transitan un proceso hacia lo que denomina “estado de seguridad”, caracterizado por el control generalizado y sin límites, apoyados en las tecnologías de la información y la comunicación (datos biométricos, videocámaras, celulares, tarjetas de crédito, etc.). De esta forma, el miedo se traduce en una necesidad del poder soberano para perpetuar el estado de excepción.

En algún sentido, se advierte hoy que muchos gobiernos han enfocado la lucha contra la pandemia como un problema de seguridad, cuando en realidad se trata de uno de índole sanitaria. Estas posiciones utilizan el discurso de la securitización⁴³, colocando a la humanidad en una batalla épica contra un enemigo invisible que, cual espía, puede estar entre cualquiera de nuestros vecinos (incluso entre nuestros amigos o seres queridos). De esta forma, la demanda de mayor “seguridad” resulta provenir de la propia ciudadanía: **frente al riesgo real existente en la salud de todos y todas, son muchas las voces que solicitan que el Derecho ceda aún más terreno a la excepción.**

La pandemia se presenta de forma sorpresiva en nuestra “normalidad”, que está construida sobre la base de una cotidiana desigualdad estructural (donde la supervivencia para unos resulta más probable que para otros) y donde se produjo un recrudescimiento de los discursos referidos a la (in) seguridad. En este contexto, retoma fuerza la posición de Agamben, que no solo ha presentado su crítica al Estado sino también al sistema de protección de derechos humanos. El Estado-Nación y la comunidad internacional tienen un desafío por delante.

⁴³ Al respecto, dice Laura Böhm que: “La idea central de la securitización (término que sugiero para su uso en español) consiste en identificar una causa plausible, real o construida, de amenaza, de manera que ésta pueda ser presentada públicamente como objeto a combatir, quedando habilitados los medios legales, e incluso los medios hasta el momento no legales, para la neutralización de la amenaza en cuestión.” (Böhm, 2013: 75).

4.- El estado de excepción en el sistema internacional de protección de derechos humanos. El diseño de una nueva “normalidad”.

A raíz de la pandemia por COVID-19, la humanidad en su conjunto supo encontrarse en un estado de excepción por tiempo indeterminado; hoy, en el mejor de los casos, vemos que algunos Estados se encuentran tratando de volver a la situación *pre-pandemia*, pero con la posibilidad latente de retomar la situación excepcional en tanto se produzca un rebrote del virus (por ejemplo, por existencia de nuevas cepas a las que las vacunas puedan no hacer frente); algunos, incluso, fortalecen los sistemas de control de la población.

Frente a este escenario, podríamos preguntarnos, como lo realiza Agamben desde su tesis del *Homo Sacer*, ¿qué es una sociedad que no tiene otro valor que el de la supervivencia?. ¿Puede el Derecho ser suspendido para la simple administración de la *nuda vida*?. ¿Se puede vivir en una indeterminada cuarentena?.

Trataremos en este punto de esbozar ideas que nos permitan echar luz sobre algunas de las preguntas que hemos formulado hasta aquí.

En este sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha realizado marcados esfuerzos por modificar la injusta “normalidad” en la que nos encontramos. Se puede afirmar, incluso, que el intento por dejar atrás las terribles atrocidades cometidas durante la primera mitad del Siglo XX es, de hecho, la motivación y fundamento de esta rama del campo jurídico que se presenta como una garantía para los derechos de las personas por el simple hecho de ser tales, sin requerir otra condición para el goce o disfrute de esos derechos.

Este es el sentido del artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando dispone que **todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos**. Claro que el concepto jurídico de dignidad innata al que alude la Declaración, puede resultar vaciado por la cruda realidad en la que se encuentran muchas personas, pues en efecto lejos están de vivir en condiciones mínimas de dignidad.

Pero este tipo de situaciones no debe llevarnos a pensar, equivocadamente, que el sistema internacional de protección de derechos humanos no reviste razón de ser. Por el contrario, **ese sistema se presenta como la puerta de acceso al diseño de una sociedad más justa, donde la realidad no ponga en discusión el concepto de dignidad y valía de todo ser humano**. En efecto, allí donde se presentan situaciones como las descritas, es donde el Derecho debe actuar con mayor vehemencia.

En el diseño de una “nueva normalidad” cobran protagonismo el principio de no discriminación y el principio *pro persona*. El punto de partida es la construcción de una sociedad donde el ser humano, sin ningún tipo de distinción, se coloque en el centro de la escena política, otorgando el fundamento a todas las instituciones, que no deben más que encontrarse a su servicio. Un mundo en el que “lo normal” no sea, precisamente, la admisión dogmática de la premisa que sostiene que para la supervivencia de unos pocos, deben perecer otros tantos.

En este sentido, también resulta importante el funcionamiento del principio de interdependencia, que nos permite pensar a los derechos humanos vinculados los unos con los otros; es lo que nos permite pensar –también– que la mera protección de la *nuda vida* no puede constituirse en la razón de ser de la “nueva normalidad”⁴⁴.

Expuesto lo anterior como base del diseño de una “nueva normalidad”, se debe decir también que los instrumentos internacionales contemplan la concreta posibilidad de restringir derechos humanos, e incluso suspenderlos por un tiempo determinado. El análisis de estos institutos resulta por demás importante porque posibilitan el estudio de situaciones particularmente complejas donde el sistema jurídico ingresa en el umbral paradójico indicado por Schmitt, retomado luego por Agamben. Se advierte un especial esfuerzo de parte de los organismos internacionales para regular estos institutos, evitando que la restricción o suspensión de derechos resulte arbitraria.

Por la extensión de este ensayo, tan solo se mencionarán algunas previsiones de tipo generales a que refieren los estándares internacionales que regulan estos institutos. En primer lugar diré que la aplicación del principio *pro persona* a estas circunstancias excepcionales a que pueden echar mano los Estados nos indica que frente a diversas formas posibles de alcanzar el objetivo legítimo propuesto, se debe optar por aquella que resulte menos restrictiva para los derechos de la persona. Asimismo, frente a la existencia de distintas normas que regulen el instituto dentro de un mismo Estado, se debe estar por aquella que presente mayores límites a su aplicación, entendiendo que en tanto se trate de restricción de derechos, siempre se debe estar frente a la norma o interpretación más restrictiva⁴⁵.

⁴⁴ Podemos analizar un ejemplo: en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, la Corte IDH distingue entre la mera vida biológica y la vida digna. El derecho a la vida es analizado, entonces, como un derecho civil, pero a la vez como uno económico, social y cultural, demostrando que entre los derechos humanos existe una inevitable y necesaria relación de interdependencia.

⁴⁵ Al respecto, puede verse Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéu-

Por otro lado, los estados deben acreditar la protección de un legítimo objetivo, debiendo ser la medida adoptada –por tanto- necesaria en una sociedad democrática⁴⁶, y resultar estrictamente proporcional para atender esa finalidad legítima; **excepción no debe significar arbitrariedad.**

Asimismo, y en sintonía con lo expresado en párrafos anteriores, las medidas adoptadas no pueden entrañar discriminación alguna. Sobre el punto ha mencionado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en el particular contexto de pandemia en que nos encontramos, los Estados deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de las medidas de emergencia en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo⁴⁷.

En cuanto a las formas, resulta claro que para las restricciones se debe adoptar una ley de tipo formal⁴⁸; las regulaciones que refieren a suspensiones de derechos, en general, no han determinado de manera unánime la necesidad de utilizar una ley de tipo formal⁴⁹, pero sin dudas la discusión parlamentaria resulta por demás sugerible en tanto otorga legitimidad y destierra cualquier posible crítica de arbitrariedad a la medida dispuesta, siendo los Parlamentos los lugares donde, por excelencia, se representa la voluntad popular y las diferencias existentes en la sociedad.

Las suspensiones de derechos, además, deben regirse por algunas disposiciones particulares. En primer lugar, se exige que la medida esté circunscrita a un tiempo y espacio determinado, sea justificada en función de la amenaza existente y de los legítimos objetivos que se deben perseguir al establecerlas. Asimismo, existe un grupo de derechos que por su especial caracterización (en tanto integran el orden público internacional) no pueden en

tica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Ed. Del Puerto, 1997. P. 163 a 172.

⁴⁶ Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 1/2020 de “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

⁴⁸ Corte IDH. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

⁴⁹ lo que resulta lógico porque la situación que amerite una medida de este tenor sin dudas debe ser una de tipo límite, otorgando así un determinado margen de maniobra al Estado

ninguna circunstancia ser suspendidos⁵⁰, ni las garantías judiciales necesarias para la protección de esos derechos (entre las que, sin dudas, se encuadran el recurso de Amparo y de Habeas Corpus⁵¹). Finalmente, la obligación para los Estados de comunicar la medida dispuesta a los órganos que representan a la comunidad internacional, a fin de que estos últimos puedan compartirla con otros Estados de modo tal que las acciones desplegadas en ese contexto puedan ser debidamente monitoreadas; en este sentido, se destaca también la importancia de la libertad de expresión, una de las principales garantías ciudadanas en este tipo de situaciones, por lo que los Estados deben ser particularmente cautos en no obstaculizar el trabajo de los agentes de prensa, o el de personas defensoras de los derechos humanos.

5.-Palabras finales

La pandemia, inesperada, nos interpeló –y nos interpela- en distintos aspectos. En estas pocas líneas hemos tratado de pensar sobre la situación *pre-pandemia* (que denominamos “normalidad”) y tratamos de significar, utilizando el marco teórico que nos brindan las teorías filosóficas citadas, que desde la visión de quienes se encuentran desprotegidos, el estado de excepción se ha transformado en regla y paradigma.

En este sentido, debemos preguntarnos si queremos continuar transitando este devenir continuo (y que por momentos parece destinado a ser perpetuo) basado en la desigualdad estructural; o bien aprovechamos esta posibilidad de re-pensarnos para diseñar una “nueva normalidad”, donde cada quién sea incluido en el sistema, y no quede librado a su suerte y al olvido. Entiendo que la salida, sin dudas, es colectiva.

Propongo, también, pensar en la inconveniencia de las estrategias basadas en la securitización del todo. Hemos sido testigos de cómo la pandemia puso *en jaque* a las estructuras estatales; en Latinoamérica, particularmente, las décadas de abandono y desinversión –que solo pueden tener por resultado una profunda desigualdad- han sido la causa de que el virus haya golpeado

⁵⁰ (véase, al respecto artículo 27.2 convención americana sobre derechos humanos y artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

⁵¹ Puede verse Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8 y Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

la puerta en los asentamientos más humildes. Enfermarse no es una cuestión azarosa; no está ligada al “destino” ni a una situación casual. Más bien responde a una causalidad: **el rediseño del territorio y la urbanización de villas miseria, favelas, y asentamientos similares, sin dudas deben ser políticas públicas que se adopten, también, como estrategia sanitaria.**

En sentido de lo expuesto, la respuesta del Estado -que durante décadas abandonó a su suerte a un importante sector de la población-, no puede ser la represión de los oprimidos, utilizando sus fuerzas policiales (que, paradójicamente, integran los sectores oprimidos), trasformando un problema netamente sanitario en uno de seguridad⁵².

Debemos preguntarnos, también, hasta dónde ceden nuestros derechos en tanto avance del Estado de Seguridad, con capacidad de controlar y administrar la vida.

Así planteadas las cosas, el riesgo parece tener una doble hoja filosa, en tanto es injusto volver a la “normalidad excluyente” *pre pandemia*, pero asimismo resulta riesgoso perpetuar indefinidamente el **fortalecido** estado de excepción que nos permitió visibilizar la Pandemia.

El sistema internacional de protección de derechos humanos tiene algunas respuestas y líneas de trabajo posibles para el diseño de una “nueva normalidad” en los términos indicados precedentemente, como así también para la transición de esta pandemia cuidando la salud de todas las personas sin que ello implique una cesión tal de derechos que tire por la borda la valía y dignidad del ser humano; **el respeto irrestricto y el desarrollo de una verdadera cultura de los derechos humanos constituye la llave que nos permitirá salir de la trampa en que nos encontramos.**

Sin lugar a dudas el Estado Nación y la Comunidad Internacional tienen un desafío importante por delante, y el sistema de protección de derechos humanos puede ser su principal herramienta. Con esa esperanza y vocación quisiera terminar estas líneas pero, para evitar pecar de utópico, deseo finalizar con una cita de Bertolt Brecht tomada del final de su obra “La Excepción y la regla”:

Acá termina la historia de un viaje. Lo han oído y presenciado. Han visto lo habitual, lo que constantemente se repite. Y sin embargo les rogamos: consideren extraño lo que

⁵² Así, por ejemplo, frente a la ola de contagios en el Barrio de Villa Azul, ubicado entre los municipios de Quilmes y Avellaneda (provincia de Bs. As., Argentina), el gobierno optó por cerrar el barrio fuerza policial mediante. Lo que no queda claro en el diseño del tipo de estrategias que aísla a algunos asentamientos urbanos como estrategia sanitaria es si, en rigor de verdad, busca la protección del *dentro* o del *afuera*.

no lo es. Tomen por inexplicable lo habitual. Siéntanse perplejos ante lo cotidiano. Traten de hallar un remedio frente al abuso. Pero no olviden que la regla, es el abuso.

Bibliografía

Agamben Giorgio (2002). *Homo Sacer I. el poder soberano y la nuda vida*. Madrid, Ed. Nacional.

Agamben, Giorgio (2010). *Estado de Excepción. Homo Sacer II*, 1, Bs As, Adriana Hidalgo Editora.

Benavides, Farid (2006), “Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt”. *Argumentos* vol.19 no.52 México sep./dic. 2006.

Benjamin, Walter (2002). “Tesis sobre la filosofía de la historia”, en Benjamin, Walter. *Ensayos*, tomo I, Madrid, Editora Nacional de Madrid.

Schmitt, Carl (2004). Teología Política I, en Aguilar H. “*Carl Schmitt teólogo de la política*”, Fondo de Cult. Eco., México DF.

Böhm, María (2013). “Securitización”, en *Revista Penal* n° 32, 2013.

Bretch, Bertolt (1930). La Excepción y la Regla, en Biblioteca libre, OMEGALFA.

Calveiro, Pilar (2008). “Acerca de la Difícil relación entre violencia y resistencia” y en: *Luchas contrabegemónicas y cambios políticos recientes de América Latina*, CLACSO, Bs As.

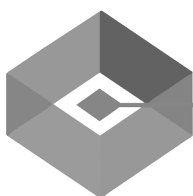
Pinto, Mónica (1997), “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “*La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*”, Del Puerto, P. 163 a 172.

Pinto, Mónica (1997). *Temas de derechos humanos*. Editores del Puerto, Bs As.

Saba, Roberto (2004), “(Des)igualdad Estructural”, en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, 2004, pp. 479-514.

Taccetta, Natalia (2015). “Violencia y Derecho: Benjamin, Scmitt, Agamben y el Estado de Excepción”, en *Devenires*, XVI 32.

¿Será ley? Desafíos de la IVE a partir del estudio del acceso al derecho a la ciudad de las mujeres del barrio Nuevo Golf de la ciudad de Mar del Plata



Almendra Aladro

(CIC-CIDDH-UNMDP/CONICET)

Resumen

Esta ponencia es una reflexión crítica respecto al actual acceso a los derechos sexuales y (no) reproductivos de las mujeres del barrio popular Nuevo Golf de la ciudad de Mar del Plata disparada durante la investigación del acceso a otro derecho que, en su emergencia y complejidad, los contiene: el derecho a la ciudad. El marco teórico se generó complementando la teoría de la producción social del espacio de Henri Lefebvre (1974 [2013]) con la Teoría de la Reproducción Social elaborada, entre otras, por Tithi Bhattacharya (2018), haciendo hincapié en la atención primaria de la salud como institución reproductiva urbana, describiendo un estado de situación desde la perspectiva de trabajadoras del Estado y vecinas usuarias de dicho servicio. Para el trabajo de campo se optó por la perspectiva metodológica de Dorothy Smith (2005), quien postula el privilegio epistemológico de las mujeres para el conocimiento científico de las relaciones sociales de dominación.

Se concluye que el aborto legal, seguro y gratuito fue conquistado en un momento histórico caracterizado por una crisis general del sistema de atención primaria de la salud de larga data - que fue agravada por el contexto pandémico – con impacto principalmente en el periurbano de la ciudad de Mar del Plata, donde el acceso a los derechos sexuales y (no) reproductivos de las mujeres no es abordado como una cuestión de derechos humanos. En

este sentido, las principales barreras detectadas en territorio se vinculan a la falta de articulación entre las jurisdicciones estatales y los programas de salud, el seguimiento deficiente de las consultantes, la falta de presupuesto y una preocupante ausencia de educación sexual y reproductiva.

1.- Breve marco teórico

1.1.- Ciudad desde la Teoría de la Reproducción Social

La Teoría de la Reproducción Social (SRT por sus siglas en inglés) ha sido alegremente revitalizada durante la segunda década del siglo XXI y, sobre la base de los aportes originarios de Lise Vogel (2013 [1987]), propone visitar los conceptos definidos por el marxismo poniendo en el centro de la reproducción de la sociedad como una totalidad a la fuerza de trabajo. Así, se pregunta: “*Si la labor de los trabajadores produce toda la riqueza en la sociedad, ¿quién produce al trabajador?*”⁵³(Bhattacharya, 2017:1). Por los flujos de circulación capitalista y mediante un “*act of ‘necromancy’*” (Bhattacharya, 2017:7), las mercancías que aparecen bajo apariencia social - y se manifestaban solamente como valor de uso - se transforman en valor de cambio. La fuerza de trabajo se transforma en mercancía sin someterse a esa *necromancy* como otras mercancías, y eso, según Bhattacharya, sugiere que la explicación de la fuerza de trabajo va mucho más allá de la diferenciación entre producción y reproducción. Susar Ferguson afirma que “*el mantenimiento del poder social del capitalismo (...) depende de encontrar maneras de regular la reproducción social en general, y las capacidades biofísicas de las mujeres para reproducir la próxima generación en particular*”⁵⁴ (Ferguson, 2016:50).

La regulación de la reproducción social contemporánea requirió el reconocimiento de la insuficiencia de la familia nuclear para renovar de manera individual la fuerza de trabajo y generó instituciones a su servicio: escuelas, hospitales, espacios de recreación, sistemas previsionales y de seguridad social. El espacio social del capitalismo financiero, urbanizado y totalizador, produce, contiene y regula el acceso y el goce de estas instituciones. Topalov afirmaba que “*para el capital el valor de uso de la ciudad reside en el hecho de que es una fuerza productiva, porque concentra las condiciones generales de la producción capitalista*” (Topalov, 2006 [1979] :9) y, desde allí, definió a la ciudad como “*forma de la socialización capitalista de las fuerzas productivas*” (Topalov, 2006 [1979] :9) o “*fuerza productiva socializada*” (Topalov, 2006 [1979] :13), donde se

⁵³ La traducción me pertenece.

⁵⁴ La traducción me pertenece.

concentran la producción y reproducción de la mano de obra y existen los medios de producción preconstituidos: “*La ciudad debe, por lo tanto, proveer al capital las condiciones de la reproducción ampliada de la fuerza de trabajo (...) y (...) permitir que se excluyan de la esfera del capital los sectores no-rentables necesarios para la producción*” (Topalov, 2006 [1979] :13). Así, desde un entendimiento espacial, puede afirmarse que existen dos espacios separados pero condicionados: puntos de producción de valor y espacios de reproducción de la fuerza de trabajo (Bhattacharya, 2017).

1.2- Anticonceptivos para no abortar. Aborto legal para no morir: El derecho a la no reproducción

Aquí se leerá el lema de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito - cuyas dos últimas partes ilustran el título de este apartado - como el grito de mujeres y disidencias que 1) vincula derechos, ciudadanía y salud (Juárez Herrera y Cairo, 2009) y 2) es el síntoma de las necesidades del capital respecto de la producción y reproducción de mano de obra asalariada (Luparello, 2017).

En la actualidad este *slogan* imbrica históricamente 3 hitos normativos como son las leyes 26150 (Programa Nacional de Educación Sexual Integral), el bloque formado por la 25673 y la 26130 (Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, y Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, respectivamente) y la 27610 (Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo). Junto con la ley 26862 (Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida), la 26618 (Matrimonio igualitario), la 26743 (Identidad de género), la 25273 (Régimen especial de inasistencias justificadas por razones de gravidez para alumnas de enseñanza general básica), la 25808 (prohibición de acciones institucionales que impidan la continuidad de los estudios de estudiantes en estado de gravidez o lactancia y en su carácter de progenitores), la 25929 (Ley de Parto Respetado) y la 26485 (Protección Integral a las Mujeres), estas son las normas que constituyen el marco legal que reconoce, en armonía con el Bloque Constitucional Federal, el plexo de derechos sexuales y (no) reproductivos en Argentina.

Éstos son más que componentes del derecho a la salud porque ponen en juego, también, la autonomía personal y la libertad de disposición del cuerpo y de la sexualidad (Brown et al, 2013), superando el paradigma de la familia nuclear heterosexual (Monte & Gavernet, 2012), mueven la acción del Estado para la quita de barreras y las acciones de aseguramiento del acceso igualitario

y efectivo a los servicios a cargo de la ejecución de las políticas positivas en la materia (Peñas Defago, 2012).

El acceso a la información y a los métodos anticonceptivos es parte de la faz negativa de la reproducción, es decir, del derecho a no reproducirse (Spaventa, 2018) y se enmarca, además, en el debate por la ciudadanía sexual ya que con ello se debate *“la posibilidad de considerar que las mujeres ya no necesitamos más tutela para decidir sobre nuestros cuerpos y sobre nuestro plan de vida”* (Cano, 2016:152). Históricamente, esa potestad sobre el propio cuerpo fue cercenada *“por diversos mecanismos que respondieron a las necesidades del capital, excediendo a la reproducción humana e incluso abarcando las decisiones sobre con qué nos alimentamos, en qué ambiente vivimos, qué trabajo realizamos, etc”* (Luparello, 2017:117).

En este orden de ideas, el derecho a la salud sexual y reproductiva *“alude al derecho a acceder a servicios de salud de calidad, a la información amplia y oportuna sobre una gama completa de servicios (...), la decisión libre sobre la procreación sin coacción de ningún tipo (...), entre otros”* (Peñas Defago, 2012:208). Con respecto al acceso a servicios de salud específicamente, se ha afirmado la necesidad de aplicar abordajes que permitan dirigir las políticas públicas hacia la meta de la inclusión social (Peñas Defago, 2012).

El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo ha quedado regulado de forma mixta, en tanto es una cuestión temporal la que lo delimita como derecho vinculado a la salud - hasta las 14 semanas de gestación - o como un hecho que podrá o no estar bajo las causales de justificación estipuladas en el derecho penal - luego de las 14 semanas de gestación -. Es importante para esta ponencia destacar que la actual legislación no impone la realización de esta práctica por un médico diplomado en reconocimiento del aborto medicamentoso y, en principio, considerando las barreras geográficas que pueden impedir el acceso a este derecho (Hopp, 2021). Sobre esta última buena intención legislativa hace hincapié el presente aporte.

2.- Marco metodológico

Los testimonios seleccionados corresponden a vecinas del barrio Nuevo Golf de la ciudad de Mar del Plata y a trabajadoras del Estado vinculadas con dicho territorio. Estas entrevistas en profundidad fueron realizadas para la investigación doctoral *“Desafíos y perspectivas del acceso al derecho a la ciudad ‘desde el punto de vista de las mujeres’”* financiada por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), dentro de la cual

se propone una abordaje desde la Etnografía Institucional de Dorothy Smith (1986;2005), la cual ya ha sido utilizada para la reconstrucción de fenómenos vinculados a las ciudades desde perspectivas feministas (Jirón et al, 2018) . Se seleccionaron aquellas en las cuales surgió como emergente la problematización del acceso a la salud sexual y reproductiva y se procedió a analizar dichos discursos (Guber, 2001) a la luz de las categorías analíticas aquí explicitadas.

Se resguardarán en el anonimato todos aquellos datos que permitan la individualización de las mujeres que aceptaron ser entrevistadas.

3.- Resultados

El barrio Nuevo Golf de la ciudad de Mar del Plata se encuentra ubicado en el suroeste y está habitado por unas 1456 personas distribuidas en 355 hogares (Barrera & Molina, 2019). El tejido urbano de este barrio popular es más bien fragmentado ya que allí se encuentran asentamientos precarios junto a grandes lotes de tierras ociosas y viviendas construidas mediante créditos hipotecarios subsidiados. Su formación responde a tres momentos principales de ocupación de tierras transcurridos en los períodos 1994-1998, 2002-2006 y 2015-2018 (Barrera y Molina, 2019). La situación en materia de accesibilidad a derechos fundamentales es crítica (Tumini y Aladro, 2018) y se retroalimenta, además, con las estrategias de apropiación desplegadas durante los períodos de crisis nacional y en el habitar cotidiano (Oriolani, 2019). Dentro de esta vulneración de derechos humanos se encuentra el derecho a la salud en tanto se identifica una complejidad territorial que impone la necesidad de un servicio de salud propio o más accesible al barrio (Celeste, trabajadora del Estado, 26 de agosto de 2020). La accesibilidad geográfica es un componente del derecho a la salud que refiere a la facilidad con la que la o el usuario puede usar el servicio cuando lo desea o necesita, por lo que su estudio da cuenta de la existencia de *“una oferta oportuna y sistemática de los servicios adecuados a la cantidad y a la estructura del volumen y características de la población”* (Ponce, 2015:35).

La ausencia de servicios de atención primaria de la salud en el barrio repercute fuertemente en las mujeres. La falta de turnos suficientes, la expulsión de las consultantes por malos tratos y el recorrido de distintas unidades de salud en busca de la satisfacción tanto de derechos propios como de su núcleo familiar son historias que se repiten. Esta situación no es privativa del barrio, ya que la existencia de tres subsistemas (municipal, provincial y estatal) genera situaciones de inequidad muy fuertes en los distritos con desfinancia-

ción del sector lo cual, también, impone la necesidad del estudio de este tipo de fenómenos locales para complementar los análisis regionales y nacionales (Clérico y Vita, 2018).

Mientras las jóvenes tratan de conversar sobre sexualidad con mujeres como Bianca, en las cuales se referencian ante la falta de información (16 de julio de 2020), aquellas que logran tomar decisiones respecto a su salud sexual encuentran otras barreras severas para acceder a sus derechos. Paula, por ejemplo, comenta hechos de corrupción vinculados a “bonos contribución” exigidos por quienes ponen a disposición de las autoridades sanitarias el espacio físico para la realización de operativos territoriales (2 de julio de 2020). Celeste, en su rol de trabajadora social, detectó una incongruencia entre los anticonceptivos inyectables repartidos por el operativo de Salud Rural desplegado en el barrio y los métodos disponibles en las tres unidades de atención primaria que recibían a las vecinas, lo que llevó a una discontinuidad de tratamientos de las mujeres que no deseaban ser madres (26 de agosto de 2020). Esta falta de acuerdo entre las instituciones intervinientes desapoderó de sus propias elecciones a esas mujeres solicitantes de métodos anticonceptivos, incluso anulando *“cuestiones tan esenciales de cara a la dignidad humana, como sus vidas, sus proyectos, sus cuerpos, sus deseos, la maternidad”* (Spaventa, 2018:210).

4.- Reflexiones finales

La educación sexual para decidir escasea en niñas y adolescentes, quienes, en el mejor de los casos, logran referenciarse en adultas que pueden brindarles información confiable. Los anticonceptivos para no abortar son indicados sin considerar el contexto en el que se desarrolla la vida y en el que se hará el seguimiento de ese tratamiento, lo que obstaculiza el desarrollo del plan de vida de quienes se vieron en embarazos no deseados. El aborto legal para no morir se vislumbra, entonces, en medio de información escasa y deficiente e instituciones de salud que trabajan sin acuerdos mínimos previos, los cuales terminan surgiendo frente a problemas graves como el que aquí se reseñó y no como meta de los programas de política pública, sino como buena voluntad de sus operadoras.

La IVE periurbana se enfrenta a un sistema de atención primaria de la salud cuyo debilitamiento histórico - signado por el recorte constante de prestaciones, su desconexión con el territorio y la falta de personal - se resiente aún más en el contexto de la pandemia de SARS-CoV-2. La expectativa de erigirse como un derecho de acceso sencillo se opaca conforme la vecina habite zonas más alejadas del ejido urbano.

La Teoría de la Reproducción Social permite comprender los servicios de atención primaria de la salud en el contexto de las instituciones urbanas al servicio de la fuerza de trabajo, y a las prestaciones de la salud sexual como prácticas que se inscriben en las necesidades del capital pero, como se confirma con el material empírico analizado, no existe entre ellas una relación de determinación, como tampoco lo existe entre producción y reproducción, entre clase y género, entre explotación y opresión. Mientras quienes acceden a la salud sexual mediante el sistema de medicina prepaga o de obras sociales logran un seguimiento satisfactorio de sus derechos, las mujeres que recurren a los Centros de Atención Primaria de la Salud se enfrentan a distintas barreras que generan vulneraciones de sus derechos fundamentales.

Bibliografía

Barrera, G. y Molina, P. (2019), *Mar del Plata Nuevo Golf: Informe Socioambiental*. Mar del Plata:CEC-Dulces Sonrisas.

Bhattacharya, T. (2017), *Social Reproduction Theory. Remapping Class, Recentring Oppression*. London:Pluto.

Brown, J., Pecheny, M., Gattoni, M.S. y Tamburrino, M. C. (2013), “Cuerpo, sexo y reproducción. La noción de autonomía de las mujeres puesta en cuestión: el aborto y otras situaciones sensibles”, en *Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad*, núm.12, pp. 37-49.

Cano, J. (2016), “De la ciudadanía política a la ciudadanía sexual. Debates políticos en Argentina en relación con el cuerpo de las mujeres.” en *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, núm.11, pp. 151-170.

Clérico, L. & Vita, L. (2018), “Efectos del litigio en salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina” en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm.18, pp.219-233.

Ferguson, S. (2016), “Intersectionality and Social-Reproduction Feminisms”, en *Historical Materialism*, vol.24, núm.2, pp.38-60.

Guber, R. (2001), *La etnografía. Método, campo y reflexividad*. Bogotá:Grupo Editorial Norma.

Hopp, C. (2021), “El nuevo artículo 86 del Código Penal: Del aborto como derecho”, en *RC D 56/2021*.

Jirón Martínez, P., Orellana Águila, N. y Imilan, W. (2018), “Etnografía Institucional como aproximación al habitar cotidiano”, en *Revista Temas Sociológicos*, núm.23, pp.217-245.

Juárez Herrera y Cairo, A. (2009), “Apropiación de los derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia: dimensiones de la ciudadanía”, en *Revista de Estudios de Género La Ventana*, vol. IV, núm.30, pp. 148-180.

Monte, M. E & Gavernet, L. (2012), “La incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en las Constituciones de Argentina, Venezuela y Bolivia. Cuerpos ceñidos a sexualidades reproductivas”, en Morán Faúndes, J. M; Sgró Ruata, M.C y Vaggione, J.M (eds.), *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*. Córdoba:Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial; pp.157-189.

Lefebvre, H. (2013 [1974]), *La producción del espacio*. Madrid:Capitán Swing Libros.

Luparello, V. (2017), “Aborto y capitalismo: Un análisis de las políticas de control poblacional y de desarrollo económico en América Latina desde la mira de la Teoría de la Reproducción Social (1950-1980)”, en *Diálogos: Revista Electrónica de Historia*, vol. 18, núm.2, pp. 103-120.

Peñas Defago, M.A (2012), “Las políticas de salud sexual y reproductiva desde un enfoque de derechos humanos”, en Morán Faúndes, J. M; Sgró Ruata, M.C & Vaggione, J.M (eds.), *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*. Córdoba:Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial; pp.191-214.

Smith, D. (1987), *The everyday world as a problematic: A Feminist Sociology*. Massachusetts:Northeastern University Press.

Smith, D. (2005), *Institutional Ethnography: A Sociology for People*. Toronto:Rowman Altamira.

Spaventa, V. (2018), “¿Puede el derecho reconocer a las mujeres como humanas? Reflexiones en torno a una vieja y recurrente pregunta, con motivo del debate sobre la despenalización del aborto”, en Ramón Michel, A. y Bergallo, P. (comps.), *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*. Buenos Aires:EUDEBA.

Topalov, C. (2006 [1979]), *La urbanización capitalista: algunos elementos para su análisis*. FSOC: UBA.

Vogel, L. (2013 [1987]), *Marxism and the Oppression of Women. Toward an Unitary Theory*. Leiden:Brill.

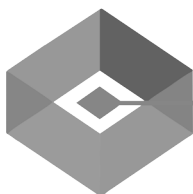
Entrevistas

Paula, 2 de julio de 2020.

Bianca, 16 de julio de 2020.

Celeste, 26 de agosto de 2020.

¿Cómo interpretar? Las obligaciones de la Convención de Ottawa y su tratamiento jurídico en la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia



Emiliano J. Buis

(UNICEN-UBA-CONICET)

Resumen

El 8 de agosto de 2019, la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz en su voto mayoritario negó conceder la amnistía solicitada por el señor William Humberto Acosta Tapia⁵⁵. Para llegar a esa conclusión, entre otros fundamentos, los magistrados consideraron que las disposiciones contenidas en la Convención de Ottawa —instrumento de derecho internacional positivo que prohíbe las minas de tipo antipersonal y que había sido ratificado por el Estado colombiano— eran obligatorias para los integrantes de grupos armados organizados tales como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). De este modo, a pesar de que nada indica al respecto el tratado en cuestión, la Sala concluyó que el empleo de minas antipersonal por parte de un miembro de un grupo armado (es decir, por alguien que no era agente estatal ni comprometía la responsabilidad de Colombia como Estado) constituía un crimen de guerra por implicar un acto contrario a las normas vigentes de Derecho Internacional Humanitario.

Será objeto de la presente ponencia analizar desde una perspectiva crítica el tratamiento dado por los jueces de la Sala a la aplicación de la Convención

⁵⁵ Jurisdicción Especial Para La Paz- Tribunal de La Paz. Sala de Amnistía o Indulto, Auto SAI-AOI-010-2019 de 8 de agosto de 2019.

de Ottawa, teniendo en cuenta los criterios de interpretación llevados adelante en los autos del caso y los principios referidos a la obligatoriedad de los tratados como fuente en el Derecho Internacional Público. Esto permitirá concluir que resulta problemático conceder a los jueces de una jurisdicción como la JEP una amplia discrecionalidad para analizar la aplicabilidad de los instrumentos internacionales bajo la consideración de una hermenéutica de tenor “humanitario” que, si bien loable en sus alcances, puede resultar contradictoria con el respeto de la seguridad jurídica que debe primar en toda decisión judicial.

1.-Introducción⁵⁶

El 8 de agosto de 2019, la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante, “SAI-JEP”) en su voto mayoritario negó conceder la amnistía solicitada por el señor William Humberto Acosta Tapia.⁵⁷ Para llegar a esa conclusión, entre otros fundamentos, los magistrados consideraron que las disposiciones contenidas en la Convención de Ottawa —instrumento de derecho internacional positivo que prohíbe las minas de tipo antipersonal y que había sido ratificado por el Estado colombiano— eran obligatorias para los integrantes de grupos armados organizados (en adelante, “GAO”) tales como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). De este modo, a pesar de que nada indica al respecto el tratado en cuestión, la Sala concluyó que el empleo de minas antipersonal por parte de un miembro de un grupo armado (es decir, por alguien que no era agente estatal ni comprometía la responsabilidad de Colombia como Estado) constituía un crimen de guerra por implicar un acto contrario a las normas vigentes de Derecho Internacional Humanitario (en adelante “DIH”).

Será objeto de la presente ponencia analizar desde una perspectiva crítica el tratamiento dado por los jueces de la Sala a la aplicación de la Convención de Ottawa, teniendo en cuenta los criterios de interpretación llevados adelante en los autos del caso y los principios referidos a la obligatoriedad de los tratados como fuente en el Derecho Internacional Público (en adelante

⁵⁶ Esta ponencia forma parte de las actividades realizadas en el marco del Proyecto DECyT DCT2008 (2020-2022), acreditado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), que dirijo con lugar de trabajo el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”.

⁵⁷ Jurisdicción Especial para la Paz – Tribunal para la paz. Sala de Amnistía o Indulto, Auto SAI-AOI-010-2019 de 8 de agosto de 2019.

“DIP”). Esto permitirá concluir que resulta problemático conceder a los jueces de una jurisdicción como la JEP una amplia discrecionalidad para analizar la aplicabilidad de los instrumentos internacionales bajo la consideración de una hermenéutica de tenor “humanitario” que, si bien loable en sus alcances, puede resultar contradictoria con el respeto de la seguridad jurídica que debe primar en toda decisión judicial.

2.- La interpretación de la SAI-JEP sobre la Convención de Ottawa

Al enfrentarse a la necesidad de examinar la naturaleza de crimen de guerra del uso de minas antipersonal por parte de un GAO en el seno de un conflicto armado no internacional, la SAI tuvo que examinar la regulación de los medios de guerra desde una mirada centrada en el DIH a los efectos de examinar si procede la amnistía.

En este sentido, los jueces advirtieron en primer lugar que el derecho de las partes de un conflicto armado de elegir las armas que se emplean no es ilimitado, recordando la base convencional y consuetudinaria de los principios de distinción y proporcionalidad, entendidos como pilares fundamentales del DIH⁵⁸.

Teniendo en cuenta que la proporcionalidad se ve afectada cuando se emplean medios de conducción de hostilidades que ocasionen daños superfluos o sufrimientos innecesarios, la SAI se ocupó luego, en particular, de estudiar el caso de las minas antipersonal, a las que definió como: *“toda mina concebida [primordialmente] para que explote por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona y que incapacite, hiera o mate a una o más personas”*⁵⁹. Partiendo de la base de que el empleo de estos artefactos habían tenido un efecto concreto en el caso colombiano al afectar gravemente a la población civil, los magistrados entendieron necesario *“entrar a analizar las obligaciones que tenían o no los actores respecto de la utilización de este tipo de artefactos”*⁶⁰. En particular, el debate se centró en la aplicabilidad de las normas convencionales vigentes en Colombia al caso bajo examen, teniendo en cuenta que el empleo de las armas había sido llevado a cabo por integrantes de las FARC-EP y no por militares o funcionarios estatales.

⁵⁸ Id., Párr. 115-119.

⁵⁹ Id., Párr. 121. La definición, como surge de la nota 121, procede del artículo 2 (3) del Protocolo II a la Convención de Ciertas Armas Convencionales, sobre el que nos referiremos más adelante. El artículo 2 (1) de la Convención de Ottawa, por su parte, excluye el adverbio “primordialmente” al definirlos.

⁶⁰ Id., Párr. 129.

Es claro que la Convención de Ottawa sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (en adelante “Convención de Ottawa”) estaba en vigor en Colombia al momento en el que ocurren los hechos del caso⁶¹. En efecto, Colombia ratificó el tratado el 6 de diciembre de 2000, empezando a surtir efectos el 1 de marzo de 2001⁶². Sin embargo, el problema en este caso es que, aun siendo una norma vigente, nada en el texto del tratado parece indicar que las prohibiciones referidas allí a las minas se aplican al caso de acciones llevadas a cabo por un GAO como las FARC-EP. Frente a esta aparente imprecisión, la Sala se ocupó de examinar si es posible concebir que las obligaciones establecidas en la Convención de Ottawa son vinculantes también para integrantes de la guerrilla, como era el caso precisamente de Acosta Tapia.

A los efectos de responder al interrogante referido a su ámbito de aplicación situacional, la Sala se dedicó a continuación a aplicar las normas relativas a la interpretación de los tratados, recurriendo por lo tanto a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (en adelante, “CVDT”).⁶³ Como indicó la propia Sala⁶⁴, este instrumento proporciona la regla general de interpretación que permite comprender las disposiciones de la Convención de Ottawa y su aplicabilidad. Se trata de los artículos 31 y 32 de la Sección III de la Parte III del acuerdo:

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a

⁶¹ Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, Ottawa, 18-09-1997 (e.v. 01-03-1999), 2056 U.N.T.S. 211 14 [19 ILM 1523 (1980)].

⁶² El tratado ingresó en el ordenamiento colombiano con su aprobación por Congreso de la República de Colombia. Ley 554 de 2000. Diario Oficial No 43.858 de 18 de enero de 2000 [disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0554_2000.html]. La Corte Constitucional ha realizado el análisis del control de constitucionalidad de dicha norma en la sentencia C-991/00, declarándola exequible por ajustarse al ordenamiento nacional vigente; cf. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-991/00 de 2 de agosto de 2018. Expediente L.A.T.-168, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis [disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-991-00.htm>].

⁶³ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Viena, 23-05-1969 (e.v. 27-01-1980), 1155 U.N.T.S. 331 (U.N. Doc A/CONF.39/27 [1969]). Acerca de la importancia de este instrumento y de sus principales características, ver Sinclair (1984). Para un estudio minucioso de su contenido, consultar el comentario del texto a cargo de Villiger (2009).

⁶⁴ Jurisdicción Especial para la Paz – Tribunal para la paz. Sala de Amnistía o Indulto, Auto SAI-AOI-010-2019, Párr. 134.

los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Teniendo en cuenta estas dos disposiciones de la CVDT, el análisis llevado adelante por los magistrados de la Sala implicó un estudio primero del sentido corriente de los términos⁶⁵, luego una indagación en el objeto y fin del tratado⁶⁶, para pasar a continuación a una mirada sistemática⁶⁷ y evolutiva⁶⁸ de la interpretación del texto. Luego, la SAI-JEP avanzó hacia el tratamiento de los métodos complementarios de interpretación, fundamentalmente los trabajos preparatorios de los artículos de la Convención de Viena⁶⁹, todo ello con el fin último de elaborar sus reflexiones y considerar aplicables las normas del tratado de prohibición de minas antipersonal a los integrantes de las FARC-EP. El empleo de las normas de la CVDT le permitió a la SAI-JEP concluir:

De la interpretación realizada se concluye que, aunque literalmente la Convención de Ottawa no disponga obligaciones para los actores armados irregulares, al hacer uso de otros métodos de investigación se puede concluir que [sic] esta Convención debe ser aplicable a todos los actores armados que estén facultados para usarlas. Más si se tiene en cuenta que la Convención de Ottawa en su calidad de norma de DIH se construye sobre la declaración de prohibir total y globalmente las minas antipersonal. Lo anterior, como la más efectiva respuesta para finalizar la crisis humanitaria que se ha producido por su empleo y que es reflejo del desconocimiento de las normas mínimas de humanidad que se aplican en todo conflicto armado⁷⁰.

Centrando mi atención en un estudio jurídico del razonamiento judicial llevado a cabo por la Sala, me interesa explorar la línea lógica que, elaborada a lo largo de la decisión, motivó la sentencia. Desde esta mirada, entonces, resulta llamativa la insistencia en el tribunal por encontrar argumentos que

⁶⁵ Id., Párr. 135-139.

⁶⁶ Id., Párr. 140-143.

⁶⁷ Id., Párr. 144-156.

⁶⁸ Id., Párr. 157-176.

⁶⁹ Id., Párr. 177-181.

⁷⁰ Id., Párr. 182.

permitieran justificar la aplicación de los artículos de la Convención de Ottawa a los GAO.

Por un lado, es destacable que, en lo que referido a la *interpretación literal*, los magistrados empezaron reconociendo que nada permite afirmar, desde el texto de la Convención de Ottawa, que sus artículos obliguen a sujetos distintos de los Estados Parte del acuerdo. Todo lo contrario, el articulado del tratado, en todos sus idiomas oficiales, deja bien en claro que las obligaciones sólo se dirigen a los Estados que hubieran ratificado. No encontrando aquí entonces fundamento alguno capaz de justificar que lo que el tratado fija debe ser cumplido además por GAO, la SAI-JAP procedió a otras reglas previstos en el artículo 31 de la CVDI, sosteniendo que, “*como es bien sabido, los métodos de interpretación de tratados no poseen un peso mayor que otro*”⁷¹, de modo que era preciso considerar las pautas hermenéuticas de los artículos 31 y 23 para llegar a una conclusión consistente.

En lo que se refiere a la *interpretación teleológica*, la SAI-JEP se ocupó de examinar en primer lugar el Preámbulo de la Convención de Ottawa, en la que se evidencia una inquietud por los efectos humanitarios del empleo de minas antipersonal y se afirma que el fundamento de su prohibición es la protección de la vida de los civiles que no participan directamente de las hostilidades. Si, entonces, el objeto y el fin de la Convención se refiere a la eliminación universal de medios de combate cuyo empleo supone el sufrimiento y la muerte de personas inocentes e indefensas, la consecuencia de ello es que no tendría sentido limitar las prohibiciones que postula la Convención sólo a los Estados. A fin de reforzar esta lectura, los magistrados recurrieron en segundo lugar al principio *pro persona*, es decir, aquel principio que privilegia aquella interpretación que se inclina por ofrecer mayores garantías o por consagrar de manera más amplia el respeto de la dignidad humana⁷².

A ello se suma, en tercer lugar, la consideración del contexto interno a los efectos de poder brindar una interpretación sistemática del Convenio. Según la SAI-JEP, para comprender cabalmente entonces un tratado es preciso examinar el marco normativo dentro del cual se inscribe; en este caso, se trata del DIH como orden jurídico particular, con sus propios principios. Así, para los magistrados de la causa, si la Convención de Ottawa es un instrumento convencional que forma parte del entramado del DIH, se desprendería de ello que en su interpretación había que tener cuenta las otras normas de DIH sobre medios y métodos de guerra en la materia. Era el caso, por ejemplo, del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Conven-

⁷¹ Id., Párr. 139.

⁷² Id., Párr. 143.

cionales (en adelante, “PAII de la CAC”)⁷³ que, de modo concreto, también se ocupa de regular la utilización de minas. El recurso a este instrumento, que antecede en más de una década y media a la firma del Tratado de Ottawa pero cuya versión enmendada se aprobó en 1996, poco antes de la adopción de este texto, es interesante. De hecho, es sabido que el PAII de la CAC es el primer instrumento convencional en materia de limitación de armas que se enmendó a los efectos de que sus obligaciones se extendieran más allá de los conflictos armados internacionales (en adelante “CAI”) para abarcar los conflictos armados de índole no internacional (en adelante “CANI”). Es esto, precisamente, lo que les permitió a los magistrados inferir que en el DIH habría una obligación que puede imponerse a los GAO que intervienen en las hostilidades: si se prevé que la regulación del PAII de la CAC se aplica a los CANI, ello implicaría que ambas partes que luchan en el contexto de ese enfrentamiento interno deberían atenerse al respeto de los mismos condicionamientos jurídicos.

Un segundo elemento fue tenido en cuenta por la SAI a la hora de explorar las particularidades de una interpretación sistémica de la Convención de Ottawa: la incorporación a la legislación interna colombiana de sus principales obligaciones, como surge de la tipificación penal del empleo, la producción, la comercialización y el almacenamiento de minas antipersonal, incorporada al Código Penal nacional (artículo 367) en 2002⁷⁴. Este tipo criminal servía de base, en el razonamiento que sigue la Sala, para plantear la necesidad de concebir de modo armónico las normas en juego, de tal modo que la legislación penal, adaptada a los principios de DIH referidos al uso de medios y métodos de guerra, sustentara la condición de crimen de guerra del empleo de las minas por parte de cualquier individuo independientemente de su pertenencia a un GAO o a su condición de agente estatal⁷⁵.

⁷³ Convención sobre Prohibiciones o Restricciones de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, Nueva York, 10-10-1980 (e.v. 02-12-1983), 1342 U.N.T.S. 137 [19 I.L.M. 1524]. Su Protocolo II sobre Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, al que hacemos referencia, fue enmendado el 03-05-1996 (*Final Document of the Review Conference of the States Parties to the Convention*, Conf. Doc. CCW/CONF/16, en 14 (1996) [35 ILM 1206 (1996)]).

⁷⁴ Congreso de la República de Colombia. Ley 759 de 2002. Diario Oficial No. 44.883 de 30 de julio de 2002 [disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0759_2002.html]. Acerca de esta sentencia y su importancia para el cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado, ver Mantilla Martínez (2007: 309-311), quien además menciona otras normas domésticas en la materia.

⁷⁵ Jurisdicción Especial para la Paz – Tribunal para la paz. Sala de Amnistía o Indulto, Auto SAI-AOI-010-2019, Párr. 153.

A los efectos de reforzar esta línea argumentativa, la SAI-JEP recalcó seguidamente el carácter evolutivo de todo proceso interpretativo, considerando que según la CVDT “*la interpretación de un tratado debe acompañar la evolución de los tiempos*”⁷⁶. Bajo este concepto, la Sala se ocupó primero de examinar la posición internacional sobre las minas, advirtiendo las declaraciones sobre el tema realizadas por organizaciones internacionales, por ciertos Estados e incluso por organizaciones no gubernamentales⁷⁷; este último caso es el de *Geneva Call*, que recibió particular atención en el Auto por haber implementado un dispositivo jurídico novedoso al crear un documento de compromiso (*deed of commitment*) específico para invitar a los GAO a manifestar su voluntad de no emplear minas antipersonal⁷⁸.

En segundo lugar, la SAI-JEP realizó, una vez más, del valor de la incorporación de la Convención de Ottawa al ordenamiento doméstico colombiano a los efectos de traer a colación una sentencia de la Corte Constitucional en la que se había determinado, precisamente, que el tratado en cuestión no establece un ámbito de aplicación específico, porque sus alcances “trascienden cualquier situación de conflicto”⁷⁹: sus obligaciones, por tanto, debían ser respetadas en todo momento y por todos.

En tercer lugar, se analizaron las acciones decididas en relación con la implementación de los artículos de la Convención: allí los magistrados hicieron mención de los programas y actividades elaborados por el gobierno colombiano en materia de lucha contra el uso de minas antipersonal, planes en los que intervinieron activamente miembros de las FARC-EP.

A los efectos de confirmar la conclusión que avala la aplicabilidad de las normas de la Convención de Ottawa a los actores no estatales, los magistrados recurrieron a la consideración de métodos complementarios de inter-

⁷⁶ Id., Párr. 157. Debe decirse que en realidad el artículo 31 en ningún momento se refiere a la noción “evolutiva” de la interpretación, que no resulta un tipo de interpretación distinta sino una particularidad del ejercicio interpretativo. Acerca de las particularidades de una “interpretación evolutiva” en derecho internacional, ver Dupuy (2011: 123-137) y el análisis funcionalista de Djéffal (2015). En realidad, cuando se piensa en el carácter evolutivo, la práctica jurisprudencial —a la que haremos referencia en la próxima sección— se ha focalizado en el análisis del texto de un tratado según el desarrollo semántico de los términos a través del tiempo. También la “evolución” puede percibirse al analizar los tratados posteriores o la práctica ulteriormente seguida por los Estados, previstos en el propio artículo 31 (3) a y b.

⁷⁷ Id., Párr. 160-168.

⁷⁸ Acerca de este documento de compromiso de *Geneva Call* en materia de minas antipersonal, ver Bongard & Somer (2011). El texto del documento está disponible en: <http://www.genevacall.org>.

⁷⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-991/00.

pretación, siguiendo lo previsto en el artículo 32 de la CVDT. En este punto, examinaron los principales *travaux préparatoires* de la Convención de Ottawa (incluyendo la Declaración de Bruselas de 1997), a los efectos de manifestar que, cuando los Estados negociaron el instrumento, acordaron entre sí implementar medidas para solucionar la crisis humanitaria derivada del empleo de las armas antipersonal. En este apartado —breve por cierto en relación con los puntos previos— los magistrados llegaron a la apresurada conclusión de que “los trabajos preparatorios concuerdan en que sólo una prohibición radical de su uso puede frenar sus consecuencias humanitarias, económicas y sociales”⁸⁰. Semejante afirmación parece en verdad responder a una lectura subjetiva que no se desprende necesariamente de los documentos reproducidos.

Con todo, la sumatoria de estos criterios de interpretación le permitió a la SAI-JEP sustentar su posición de que el empleo de armas antipersonal encuentra en la Convención de Ottawa una prohibición absoluta que, aunque no prevista de modo explícito, debe ser reconocida.

3.- Una mirada crítica de la decisión de la SAI-JEP

Como ya se ha señalado, en el caso en cuestión los magistrados llevaron a cabo una elaborada estrategia interpretativa a los fines de llegar a la conclusión de que la Convención de Ottawa, a pesar de no afirmarlo expresamente, genera obligaciones no sólo para los Estados, sino también para los actores no estatales⁸¹. Una mirada crítica respecto del ejercicio hermenéutico nos permitirá comprender los peligros inherentes de una apresurada (aunque bien intencionada, sin duda) alusión a los artículos 31 y 32 de la CVDT.

Por lo pronto, recordemos que el fundamento principal al que recurre la SAI para justificar la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación personal de las obligaciones de la Convención de Ottawa es, sin duda, la deshumanización que produce el empleo de minas antipersonal en todas las circunstancias⁸².

⁸⁰ Jurisdicción Especial para la Paz – Tribunal para la paz. Sala de Amnistía o Indulto, Auto SAI-AOI-010-2019, Párr. 181.

⁸¹ Las bases de esta interpretación fueron recogidas en una decisión posterior de la SAI-AOI que, unos meses después, volvió a sostener que el empleo de minas antipersonal es un crimen de guerra y, por tanto, no es amnistiable. Ver Jurisdicción Especial para la Paz – Tribunal para la Paz. Sala de Amnistía o Indulto, Auto SAI-SUBA-AOI-D-067-2019 de 2 de diciembre de 2019.

⁸² Desde este lugar, la SAI-AOI parecería estar de acuerdo con el postulado que analiza Hellestveit (2013: 93) y que la jurisprudencia ha dejado entrever respecto de que lo que resulta

En este sentido, parece ser cierto que la firma del tratado ha demostrado una amplia voluntad internacional por eliminar el uso de minas, como sostuvieron muchas ONGs que fomentaron la negociación.⁸³ Sin embargo, una mirada respecto de las normas actuales de DIH muestra bien que, en rigor de verdad, no hay una percepción unánime respecto de ello. De hecho, el PAII de la CAC, que hemos mencionado, ha fijado como criterio la prohibición tan sólo del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos que sea *indiscriminado*, así como su utilización intencionada *contra civiles*. El texto exige que las minas terrestres lanzadas a distancia estén dotadas de mecanismos eficaces de autodestrucción o de autodesactivación, de modo que en el fondo autoriza *ciertos* empleos de las minas, algo muy alejado de la prohibición absoluta establecida en la Convención de Ottawa —prohibición, por lo demás, sólo limitada a las armas de tipo antipersonal, ya que las minas antivehiculares siguen estando reguladas por el PAII de la CAC y no entrar en el ámbito de regulación del texto de 1997. Esto lleva a concluir, contra lo sostenido por la SAI-JEP, que el DIH no prohíbe de modo radical y completo las minas, sino que establece mediante los dos instrumentos jurídicos indicados una suerte de doble estándar. De este modo, las normas contenidas en el PAII de la CAC (que permiten usar las minas bajo determinadas circunstancias en las que se respeten los principios de distinción y proporcionalidad) están plenamente en conformidad con los parámetros del DIH. De este modo, el argumento de la “deshumanización” termina incluso privando al DIH de una de sus características esenciales: la de ser un orden jurídico que *permite* el empleo de aquellas armas convencionales que no tengan efectos indiscriminados ni que ocasionen males superfluos o sufrimientos innecesarios⁸⁴.

La SAI-JEP, además, trajo a colación el texto del PAII de la CAC para mostrar que, después de tres años de negociaciones, en 1996 se acordó una enmienda que extendió su aplicación tanto a CAI como a CANI. Los magistrados recurrieron a este argumento a los efectos de mostrar que la comunidad internacional consideró a mediados de la década del 90 —de modo casi

inhumano en el contexto de un CAI no puede dejar de serlo cuando estamos en un CANI; cf. Tribunal Penal para la ex Yugoslavia. Caso “*Fiscal c. Dusko Tadić*”. IT-94-1-AR72. Sala de Apelaciones. Decisión del 2 de octubre de 1995, Párr. 119.

⁸³ Sobre el gran papel desempeñado por estas ONGs en el camino hacia el tratado, ver Anderson (2000).

⁸⁴ No en vano las minas antipersonal y antivehiculares son comprendidas dentro de la categoría de “armas convencionales”, es decir, aquellas armas que son utilizadas de modo habitual por las fuerzas armadas, en clara contraposición con las llamadas “armas no convencionales” o “armas de destrucción masiva” (como aquellas armas biológicas, químicas, nucleares y radiológicas y sus vectores misilísticos), que por su propia naturaleza parecen violar *a priori* todo principio del DIH.

simultáneo a la firma de la Convención de Ottawa— que se pretendía la limitación de las minas cuando hubiese enfrentamientos no sólo entre Estados sino también entre un Estado y un GAO, o bien entre diversos GAO dentro del territorio de un Estado. Si bien ese razonamiento es correcto, de ello no puede desprenderse lógicamente que la enmienda del PAII de la CAC haya incorporado obligaciones en cabeza de los integrantes de los grupos armados que luchan contra un Estado —o entre sí en el territorio de un Estado— parte del tratado. Tratándose de instrumentos jurídicos interestatales, parece obvio que las obligaciones se mantienen siempre respecto de los Estados como sujetos⁸⁵.

La SAI-JEP también recurrió al argumento de que diversas organizaciones internacionales y no gubernamentales han reconocido obligaciones en materia de prohibición de minas antipersonal que son oponibles a los GAO, como es el caso de *Geneva Call*. Sin embargo, como bien señala el magistrado Pedro Julio Mahecha Ávila en su voto disidente, ello de ningún modo implica que la propia Convención de Ottawa incluya esas obligaciones, sino todo lo contrario. Como bien sostiene el juez en su salvamento, si *Geneva Call* ha implementado un mecanismo por el cual los grupos armados no estatales pueden manifestar su voluntad de obligarse en este sentido, esto precisamente es indicativo del hecho de que, para esa organización, no existen normas vigentes, con anterioridad a la firma de este compromiso unilateral, cuyo cumplimiento pudiera serles exigido a los terceros no estatales⁸⁶. Si las organizaciones internacionales creyesen que la Convención de Ottawa debe interpretarse en el sentido de que sus normas son oponibles a los grupos armados, entonces no habrían considerado necesario habilitar, como lo hacen, medios alternativos para contar con su acuerdo para imponerles el respeto de la norma.

⁸⁵ La dificultad de extender obligaciones convencionales en cabeza del Estado a GOA es clara, como bien reconoce Clapham (2014: 177): “While treaty law remains important in terms of prohibiting assistance to non-state actors, it remains unclear how a treaty obligation applies in international law to the non-state armed group through the ratification of the treaty by the state it is fighting against”.

⁸⁶ Heffes (2019: 432) explica de hecho que el diseño del documento de compromiso fue resultado del hecho de que, para *Geneva Call*, la Convención de Ottawa no prevé obligaciones para actores no estatales: “Since the 1997 Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction— also known as the Ottawa Convention— did not formally bind armed non-State actors, Geneva Call developed an innovative tool that would allow these entities to commit to this treaty’s core obligations: the *Deed of Commitment for Adherence to a Total Ban on Anti-Personnel Mines and for Cooperation in Mine Action*”. En el mismo sentido se expresan Bongard & Somer (2011)

En relación con la necesidad de tener en cuenta como criterio interpretativo “el objeto y el fin” del tratado —es decir, la eliminación de las minas antipersonal—, siguiendo las pautas del artículo 31 de la CVDT, frente a lo que deja entever el “texto” del tratado, se advierte un inconveniente metodológico. Como ha sido frecuentemente indicado, el artículo 31 debe ser tomado en su conjunto como una única “regla general” y, en ese sentido, la apelación al “objeto y fin” no puede contradecir la literalidad del instrumento: cuando se afirma, entonces, que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y *teniendo en cuenta* su objeto y fin” (resaltado nuestro), resulta claro que el objeto y el fin no pueden nunca desplazar la letra del acuerdo.

También resulta problemática, a mi entender, la apelación al principio *pro persona* con el propósito de concebir que la Convención de Ottawa se aplica a actores no estatales. Esto es así en tanto el principio *pro persona*, por su propia naturaleza y alcance, se aplica en dos supuestos, ninguno de los cuales se daría en el caso que aquí se analiza. Como ha sido sostenido en la doctrina⁸⁷, las dos dimensiones del principio son: por un lado, la *preferencia interpretativa* —es decir, concebir toda limitación a los derechos en el sentido menos amplio posible y todo reconocimiento de la manera menos restrictiva—; por el otro, la *preferencia de normas* —esto es, cuando existen varias reglas en conflicto aplicables al caso, hay que optar por aquella que sea más favorable a la consagración de los derechos de la persona—. En ninguno de estos dos casos en los que procedería escoger la norma más beneficiosa para el individuo, el principio *pro persona* autoriza —como pretende hacer creer la SAI-JEP— hacerle decir a una norma lo que ella no dice, o a aplicarla respecto de sujetos que la propia norma no incluye o prevé como sus centros de imputación.

Teniendo en cuenta todo ello, es cierto que la lectura del Auto SAI-AOI-010-2019, que se ha analizado en estas páginas, deja percibir cierta incomodidad de los propios jueces con el devenir del planteo; ello al punto de que, una vez justificada la aplicación de la Convención de Ottawa a los actores no estatales, concluyen el razonamiento con un párrafo en el que se relativiza incluso el valor del propio acuerdo que tan insistentemente se procuró aplicar:

Por esto, los actores armados irregulares que operen en el territorio nacional están obligados a abandonar la práctica de uso de minas antipersonal, toda vez que, como se ha afirmado, el deber de acatar el DIH

⁸⁷ León Bastos & Gómez Orfanel (2010: 56).

no se deriva de las Convenciones en la materia sino de normas mínimas de humanidad que tienen carácter consuetudinario “a las cuales las Convenciones mismas dan expresión específica”⁸⁸.

Este párrafo coloca en el centro de las conclusiones de la SAI-JEP las “normas mínimas de humanidad” y la costumbre en la materia, dos fuentes esenciales que sin embargo no se analizan en detalle a lo largo del razonamiento de los magistrados. De hecho, en mi opinión, habría sido mucho más fructífero, a la hora de intentar aplicar la prohibición del empleo de minas antipersonal a un integrante de las FARC-EP, recurrir a los principios generales del DIH, a los que de hecho la propia Sala menciona de modo lateral en algunas ocasiones. Es lo que hace, por caso, al afirmar:

(...) la Sala considera que la Convención de Ottawa, vista en su contexto interno y externo, es una realización de principios humanitarios que no pueden desconocerse por ningún actor armado en el curso de hostilidades que tengan lugar entre sus Estados Parte o entre actores armados que operen en la jurisdicción de uno de los Estados Parte⁸⁹.

¿Por qué, pudiendo limitarse a la aplicación de principios humanitarios (como los de distinción o proporcionalidad en el empleo de medios de combate), la SAI-JEP decidió forzar la interpretación de la Convención de Ottawa mediante una manipulación poco cautelosa de los artículos 31 y 32 de la CVDT?⁹⁰ De hecho, este es el camino que, en decisiones mucho más recientes, parecen estar avanzando otras Salas de la JEP al tratar este tema⁹¹.

⁸⁸ Jurisdicción Especial para la Paz – Tribunal para la paz. Sala de Amnistía o Indulto, Auto SAI-AOI-010-2019, Párr. 183.

⁸⁹ Id., Párr. 156.

⁹⁰ El Comité Internacional de la Cruz Roja, por ejemplo, ha afirmado que el empleo de minas antipersonal está limitado en el DIH precisamente en función de dos principios centrales derivados de las reglas consuetudinarias: el de distinción entre civiles y combatientes, por un lado, y el de proporcionalidad por el otro. Los tratados, eventualmente, profundizan estos principios a través de cláusulas más detalladas. Cf. International Committee of the Red Cross (1998: 3).

⁹¹ Jurisdicción Especial para la Paz – Tribunal para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto No. 011 de 2021 de 1 de febrero de 2021. Si bien allí se retoman razonamientos semejantes con relación a la “universalización” de las obligaciones de la Convención de Ottawa (Párr. 34-35), parece haber un énfasis mayor puesto en los principios consuetudinarios que subyacen a ese instrumento (Párr. 36-37), en los estándares de gravedad de los crímenes de guerra según la

La sensación que produce la lectura de la decisión es que se pretendió ampliar la base de justificación de la obligación, yendo mucho más allá de los principios para intentar avalar la conclusión con una fuente convencional. Por muy meritorio que haya sido el fin último (que es no dejar impune un delito que, de haber sido cometido por un agente estatal, sin ninguna duda habría resultado violatorio de las disposiciones de la Convención de Ottawa), el intento por sumar estrategias argumentativas para intentar hacerle decir a un tratado lo que el tratado nunca fue llamado a decir es ciertamente contraproducente.

El accionar de los magistrados de la SAI-JEP parece más bien responder a lo que, con tintes bastante peyorativos, se ha dado en llamar “activismo judicial” en materia de derechos humanos⁹². Este activismo implica esencialmente que los jueces en algunos casos deciden apartarse de los precedentes tradicionales para sustentar nuevas interpretaciones progresistas o lecturas novedosas de las normas aplicables. Los instrumentos referidos a la protección de la persona humana han sido terreno fértil en muchos casos para promover estas agendas en los diversos tribunales (tanto nacionales como internacionales), aprovechando en muchos casos la interpretación evolutiva y la dinámica propia de los “instrumentos vivos” para concebir mecanismos novedosos que leen en estos tratados mucho más de lo que la propia realidad de sus textos autoriza a desprender⁹³.

Si ya puede resultar problemática con relación a los derechos humanos, cabe señalar que este activismo, que en nuestro caso justifica en la “deshumanización” de las minas antipersonales la imposición de la Convención de Ottawa a los GAO, encuentra mayores inconvenientes aún a la hora de intentar generar interpretaciones originales de los instrumentos de DIH. Ello se debe a que, a diferencia de los instrumentos referidos a los derechos humanos, cuya interpretación podría evolucionar a medida que ampliamos la propia noción de aquello que implica nuestro desarrollo como personas humanas, el DIH no “crece” con el tiempo ni amplía su espectro. Tratándose de un orden jurídico aplicable en tiempos excepcionales, el DIH mantiene su carácter de normatividad mínima, inderogable e insuspendible, de lo cual difícilmente pueda desencadenarse interpretaciones evolutivas o dinámicas. Así, a diferencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Convenio

jurisprudencia de los tribunales penales ad hoc (Párr. 38-41) y en la tipificación penal interna del crimen a la luz de la implementación de la Convención de Ottawa (Párr. 42-47).

⁹² Kamboj (1999: 110-115).

⁹³ Acerca de los inconvenientes de un activismo judicial sustentado en la naturaleza “viva” de los tratados de derechos humanos, Grover (2010: 191-231).

Europeo o de los Pactos onusianos de 1966, resulta muy complejo describir la Convención de Ottawa o el PAII del CAC como “instrumentos vivos”, con el fin de habilitar respecto de sus cláusulas interpretaciones cada vez más ajustadas a los nuevos tiempos⁹⁴.

No cabe duda de que la interpretación judicial permite avanzar la comprensión de las normas jurídicas vigentes, pero para cumplir su objetivo los intérpretes deben ser conscientes de su propio rol. Esto no sólo implica estar abiertos a escuchar otras interpretaciones posibles (moralidad del desacuerdo), teniendo en cuenta que interpretar es participar en realidad de una pugna semántica frente a los otros⁹⁵; significa además apelar de buena fe (como indica el propio artículo 31 de la CVDT) a la existencia de una interpretación virtuosa⁹⁶ y racional,⁹⁷ atendida al propio contexto en que elaboran las normas y mostrándolas a su mejor luz, sin desnaturalizar sus fundamentos.

4.- A modo de conclusión

En esta ponencia me he limitado a discutir, en el auto estudiado, el modo en que los magistrados emplearon las reglas de interpretación de la CVDT para expandir la aplicación *ratione personae* de la Convención de Ottawa. La conclusión a la que los jueces arribaron, luego de aplicar diversos criterios interpretativos, ha sido inesperada desde los parámetros que dan fundamento al derecho internacional actual.

En el supuesto específico que se ha traído al centro del debate, extender los compromisos de los artículos del tratado a los GAO sobre la base de consideraciones humanitarias y de una comprensión evolutiva del instrumento, a pesar de que la propia letra del acuerdo no lo permite, podría resultar contraproducente. Y ello es así porque los beneficios que las decisiones de

⁹⁴ Por lo demás, la mirada humanitaria que pretende servir de llave de interpretación de estos textos, deja de lado la otra dimensión complementaria que no puede desconocerse en el DIH: el principio de la necesidad militar. De hecho, en los instrumentos jurídicos referidos a la regulación del empleo de armas, es imposible deshacerse de este segundo criterio bajo la excusa de una interpretación “humanitarista”. De hecho, luego de haber pretendido en vano conseguir una excepción para el uso de minas en Corea del Sur (Blank & Noone, 2019: 595), el gobierno de los Estados Unidos ha manifestado que la Convención de Ottawa fracasa porque no consigue balancear las preocupaciones humanitarias con los requerimientos de la necesidad militar; Solis (2010: 584).

⁹⁵ Venzke (2012: 58-59).

⁹⁶ Klabbers (2010).

⁹⁷ Corten (2009: 216).

un sistema institucional como el de la JEP aportan al sistema no deberían ser obtenidos en desmedro de algunos fundamentos jurídicos del propio régimen; caso contrario, se corre el riesgo de poner en jaque los fundamentos normativos positivos del DIH con la pretensión de hacer valer una suerte de hermenéutica humanitaria sin respaldo suficiente.

Querer universalizar las obligaciones contenidas en los acuerdos internacionales en materia de armas convencionales puede ser una empresa muy loable⁹⁸. No obstante, con ese fin humanitario puede, involuntariamente, generarse un activismo judicial susceptible de desencadenar resistencias. Los magistrados deben saber que, promoviendo en el sistema interpretaciones expansivas, pueden comprometer la confianza en la seguridad jurídica que el sistema debe garantizar para su subsistencia. Al mismo tiempo, con esas operaciones hermenéuticas se puede “minar”, sin quererlo, el éxito futuro de una jurisprudencia que, si se mantiene coherente, consistente y sólida en términos jurídicos, podrá estar llamada a servir de guía y de ejemplo en el futuro para otros tribunales, tanto internacionales como domésticos, que busquen inspiración a la hora de tener que expedirse sobre aspectos controvertidos del DIH.

Bibliografía

Anderson, K. (2000), “The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society”, *European Journal of International Law* 11 (1); 91-120.

Blank, L. R. & G. P. Noone (2019), *International Law and Armed Conflict. Fundamental Principles and Contemporary Challenges in the Law of War*, 2nd edition, New York: Wolters Kluwer.

Bongard, P. & J. Somer (2011), “Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms: a look at international mechanisms and the Geneva Call *Deed of Commitment*”, *International Review of the Red Cross* 93 (883); 673-706.

⁹⁸ De hecho, el debate en torno de las normas aplicables a la elección de medios y métodos de combate durante CANI ha sido extenso en las últimas décadas, como puede apreciarse en Fischer (1989), Plattner (1990) y Turns (2002). Ello es particularmente relevante teniendo en cuenta que ni el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ni el Protocolo Adicional II incluyen referencias explícitas al empleo de armas; cf. Melzer (2016: 128).

Clapham, A. (2014), “Weapons and armed non-state actors”, en Casey-Maslen, S. (ed.) *Weapons under International Human Rights Law*, Cambridge: Cambridge University Press; 163-196.

Corten, O. (2009), *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles: Éditions de l’ULB; 210-251.

Djeffal, Ch. (2015), *Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction*, Cambridge: Cambridge University Press.

Dupuy, P.-M. (2011), “Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy”, en Cannizzaro, E. (ed.) *The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention*, Oxford: Oxford University Press; 123-137.

Fischer, H. (1989), “Limitation and Prohibition of the Use of Certain Weapons in Non-International Armed Conflicts”, *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law (San Remo)*, 1989; 117-180.

Grover S.C. (2020), “Judicial Activism, the ‘Living Instrument’ Doctrine and the European Court of Human Rights”, en *Judicial Activism and the Democratic Rule of Law. Selected Case Studies*, Cham: Springer; 191-231.

Heffes, E. (2019), “Non-State Actors Engaging Non-State Actors: The Experience of Geneva Call in NIACs”, en Heffes, E., M. D. Kotlik & M. J. Ventura (eds.) *International Humanitarian Law and Non-State Actors. Debates, Law and Practice*, The Hague/Berlin: Asser Press/Springer; 427-451.

Kamboj, N. S. (1999), “Human Rights and Judicial Activism”, *Journal of the Indian Law Institute* 41 (1); 110-115.

Klabbers, J. (2010), “Virtuous Interpretation”, en Fitzmaurice, M., O. Elias & P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*, Boston/Leiden: Martinus Nijhoff; 7-38.

León Bastos, C. & G. Gómez Orfanel (2010), *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos (un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica)*, Madrid: Tecnológico de Monterrey.

Mantilla Martínez, M. I. (2007), “Avances y dificultades en la implementación de la Convención relativa a las minas antipersonal en Colombia”, en Prieto Sanjuán, R. A. (ed.) *Conducción de hostilidades y derecho internacional humanitario. A propósito del Centenario de las Convenciones de La Haya de 1907*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Biblioteca Jurídica Diké; 287-323.

Melzer, N. (2016), *International Humanitarian Law. A Comprehensive Introduction*, Geneva: ICRC.

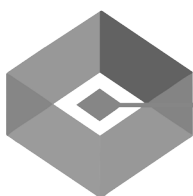
Plattner, D. (1990), “The 1980 Convention on Conventional Weapons and the Applicability of Rules Governing Means of Combat in a Non-International Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross* 279; 551-564.

Solis, G. D. (2010), *The Law of Armed Conflict. International Humanitarian Law in War*, Cambridge: Cambridge University Press.

Turns, D. (2002), “At the ‘Vanishing Point’ of International Humanitarian Law: Methods and Means of Warfare in Non-International Armed Conflicts”, *German Yearbook of International Law* 45; 115-148.

Venzke, I. (2012), *How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford: Oxford University Press.

Buenas Prácticas Agrícolas como herramienta para la consecución de los objetivos del desarrollo sostenible número 2 “Hambre Cero” y número 12 “Producción y Consumo Responsable”



Fermín Gándara Sica

Resumen

La actividad agraria es aquella actividad dirigida a la obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, u otras semejantes, siempre que estas no hayan sido sometidas a ningún tipo de proceso industrial, en tanto se desarrollen en ámbitos rurales (art. 5 Ley 26.727).

La actividad agraria es el objeto del Derecho Agrario y debe ser llevada adelante de forma responsable, contribuyendo a generar un mercado más competitivo, asegurando la sostenibilidad económica, social y ambiental.

Dentro del Derecho Agrario encontramos las Buenas Prácticas Agrícolas –y pecuarias- (BPA) que se conjugan con otras obligaciones de diversa naturaleza receptadas normativamente en busca de producir alimentos sanos, inocuos y de calidad, cuidando la salud del trabajador rural, de su familia y de la sociedad en su conjunto, preservando los recursos naturales y protegiendo el ambiente.

En este sentido, dos de los grandes problemas de la humanidad son el aumento en el número de personas que padecen hambre y la irresponsabilidad del ser humano en el consumo y la producción. El avance socioeconómi-

co ha ido de la mano de una degradación desmedida del ambiente poniendo en riesgo el desarrollo futuro.

Por ello, es indispensable revalorizar el rol de las BPA como herramienta para colaborar en la solución a los problemas mencionados que se identifican con los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS) número 2 (hambre cero) y número 12 (producción y consumo responsable).

El derecho a la alimentación adecuada integra sin dudas el abanico de Derechos Humanos, y las Buenas Prácticas Agrícolas se erigen como tutor necesario para asegurar el disfrute de ese derecho humano.

En vista de lo expuesto trataremos de responder la siguiente cuestión: ¿cómo las BPA pueden posicionarse como herramienta central en la consecución de los objetivos número 2 (hambre cero) y número 12 (producción y consumo responsable) de los ODS?

1.- Introducción

La población mundial, que en constante crecimiento ya supera los siete mil quinientos millones de personas, requiere cubrir sus necesidades básicas, entre ella, la principal es la alimentación. Para esto se requiere una cantidad de esfuerzos que en la actualidad no alcanzan, generando una situación de hambruna alarmante.

“Tras décadas de una disminución constante, el número de personas que padecen hambre comenzó a aumentar lentamente en 2015. Las estimaciones actuales indican que cerca de seiscientos noventa millones de personas en el mundo padecen hambre” (ONU, 2020) y las perspectivas futuras son poco alentadoras.

Además de esta cuestión, que afecta a gran parte de la población, las personas producen y consumen ineficientemente- El progreso económico y social ha estado acompañado de una degradación medioambiental que pone en peligro los recursos necesarios para el desarrollo futuro.

El consumo y la producción sostenibles consisten justamente en hacer más y mejor con menos, en lograr procesos más eficientes y en implementar buenas prácticas agropecuarias y consecuentemente con ello las buenas prácticas productivas y la promoción de buenos hábitos en los consumidores.

En vista de estas y otras problemáticas, los Estados miembros de las Naciones Unidas aprobaron en el año 2015 la “Agenda 2030” reflejando el

compromiso de “no dejar a nadie atrás”. Con este acuerdo se establecieron 17 Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas, indicadores y formas de aplicación.

En el año 2019 se produjo una situación que no se puede dejar de lado, la pandemia de COVID-19, lo que podría duplicar todas las estimaciones previstas respecto a la cantidad de personas que padecerán hambre en el mundo en los próximos diez años.

Está claro que para alcanzar estos ODS es necesario la implementación de prácticas acordes. Tanto los Estados como los particulares deberán asumir efectivamente el compromiso llevando a los hechos “lo que se ha plasmado en el papel”.

2.- Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS)

Los ODS adoptados en 2015 se erigen como un faro para poner fin, entre otras cosas, a la pobreza y al hambre, para asegurar la paz y garantizar la prosperidad de todas las personas para el año 2030. Representantes de ciento setenta países se reunieron en Nueva York, en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, para aprobar esta “Agenda 2030”.

Con el compromiso de “no dejar a nadie atrás”, se redactaron 17 objetivos mundiales y 169 metas conexas teniendo como eje central a los derechos humanos. Estos son esenciales para el logro de los objetivos y generan las condiciones para el desarrollo sostenible. En los ODS confluyen una gran cantidad de temas que permiten relacionar los derechos humanos con los derechos laborales, económicos, sociales, culturales y agrarios.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible está basada explícitamente en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los órganos de tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los ODS son universales –constituyen un marco de referencia universal-, transformadores –ofrece un cambio de paradigma-, generales –abarcen temas relacionados con todos los derechos humanos- e integradores –se trata que nadie quede rezagado-.

En muchos países se aprecian progresos en pos de alcanzar estos objetivos, pero la velocidad de avance no es la esperada. Por ello los líderes mun-

diales han solicitado, en el año 2019, “una década de acción” que requiere la movilización y participación de todos los sectores de la sociedad.

3.- ODS 2 “Hambre Cero” y ODS 12 “Producción y Consumo Responsable”

Nuestra intención es centrarnos en el efecto de las BPA en la consecución de los ODS n° 2 y 12 aun sabiendo que, al estar íntimamente relacionados entre sí, la implementación de buenas prácticas agrícolas redundara en un beneficio para el total de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible.

El Objetivo para el Desarrollo Sostenible n° 2, “Hambre cero”, consiste en “poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible”.

Con este se busca brindar solución a una problemática que aqueja a gran parte de la población mundial, flagelo que afecta sin distinciones y que, por la explosión demográfica, ha sufrido un aumento exponencial. Las necesidades alimentarias plantean grandes desafíos políticos en relación a la forma en que se va a atacar ese problema.

La alimentación adecuada es un derecho humano y los Estados deben asegurar a las personas el efectivo ejercicio y disfrute del mismo. Sin embargo, la realidad indica que en el mundo existen más de seiscientos noventa millones de personas que padecen hambre.

Si bien existen alimentos suficientes, las malas prácticas en la recolección y el desperdicio en el consumo han contribuido a que aquellos escaseen y que muchas personas sufran hambre. Estas malas prácticas afectan el medio ambiente impactando negativamente en la disponibilidad y las posibilidades de producción futura.

Este ODS n° 2 tiene como metas conexas: poner fin al hambre y asegurar el acceso de todas las personas, en particular los pobres y las personas en situaciones vulnerables, incluidos los lactantes, a una alimentación sana, nutritiva y suficiente durante todo el año. Poner fin a todas las formas de malnutrición, duplicar la productividad agrícola y los ingresos de los productores de alimentos en pequeña escala mediante un acceso seguro y equitativo a las tierras, a otros recursos de producción e insumos, conocimientos, servicios financieros, mercados y oportunidades para la generación de valor añadido y empleos no agrícolas; asegurar la sostenibilidad de los sistemas de producción

de alimentos y aplicar prácticas agrícolas resilientes que aumenten la productividad y la producción, contribuyan al mantenimiento de los ecosistemas, fortalezcan la capacidad de adaptación al cambio climático, los fenómenos meteorológicos extremos, las sequías, las inundaciones y otros desastres, y mejoren progresivamente la calidad del suelo y la tierra; mantener la diversidad genética de las semillas, las plantas cultivadas y los animales de granja y domesticados y sus especies silvestres conexas; aumentar las inversiones en la infraestructura rural, la investigación agrícola y los servicios de extensión, el desarrollo tecnológico y los bancos de genes de plantas y ganado a fin de mejorar la capacidad de producción agrícola en los países en desarrollo; corregir y prevenir las restricciones y distorsiones comerciales en los mercados agropecuarios mundiales; adoptar medidas para asegurar el buen funcionamiento de los mercados de productos básicos alimentarios y sus derivados y facilitar el acceso oportuno a información sobre los mercados, en particular sobre las reservas de alimentos, a fin de ayudar a limitar la extrema volatilidad de los precios de los alimentos.

Mientras que el Objetivo para el Desarrollo Sostenible n° 12, *“Producción y Consumo Responsable”*, consiste en *“garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles”*.

La forma en que se produce y consume son ineficientes y, en relación con la alimentación, por ejemplo, cada año, alrededor de un tercio de los alimentos producidos termina desechados por los consumidores, o deteriorándose a causa de las deficientes prácticas de recolección y transporte.

Es fundamental para alcanzar este objetivo y lograr el “hambre cero” modificar los hábitos de consumidores e implementar buenas prácticas en la producción. Encontrar soluciones que ofrezcan nuevas modalidades de consumo y producción sostenibles se convierte en una prioridad.

Es inaceptable desentenderse de los efectos ambientales y sociales que esta forma de consumo y producción tienen. Es primordial revisar toda la cadena productiva comenzando desde la materia prima hasta llegar a la disposición de los desechos analizando el comportamiento de los consumidores para encontrar cuales son las falencias principales y actuar sobre ellas.

Este objetivo tiene como metas conexas: aplicar el Marco Decenal de Programas sobre Modalidades de Consumo y Producción Sostenibles, con la participación de todos los países y bajo el liderazgo de los países desarrollados, teniendo en cuenta el grado de desarrollo y las capacidades de los países en desarrollo; lograr la gestión sostenible y el uso eficiente de los recursos

naturales; reducir a la mitad el desperdicio de alimentos per cápita mundial y reducir las pérdidas de alimentos en las cadenas de producción y suministro, incluidas las pérdidas posteriores a la cosecha; lograr la gestión ecológicamente racional de los productos químicos y de todos los desechos a lo largo de su ciclo de vida, de conformidad con los marcos internacionales convenidos, y reducir significativamente su liberación a la atmósfera, el agua y el suelo a fin de minimizar sus efectos adversos en la salud humana y el medio ambiente.; reducir la generación de desechos mediante actividades de prevención, reducción, reciclado y reutilización; alentar a las empresas a que adopten prácticas sostenibles e incorporen información sobre la sostenibilidad en su ciclo de presentación de informes; promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles; asegurar que las personas de todo el mundo tengan la información y los conocimientos pertinentes para el desarrollo sostenible y los estilos de vida en armonía con la naturaleza.

Si se alcanzaran estos objetivos el impacto en el desarrollo de la humanidad sería, sin dudas, sumamente positivo. Pensar en lograr desterrar la hambruna en el mundo parece una utopía que obliga a implementar acciones que generen, rápidamente, cambios profundos en el comportamiento de las personas.

Por ello creemos que la implementación de Buenas Prácticas Agrícolas (BPA) es fundamental en este intento de terminar con el hambre y con los malos hábitos productivos y de consumo.

4.- Derecho Agrario como herramienta para la implementación de BPA

El derecho agrario es el “orden jurídico que rige las relaciones sociales y económicas, que surgen entre los sujetos intervinientes en la actividad agraria con referencia a objetos agrarios y con el fin de proteger los recursos naturales, fomentar la producción agropecuaria y asegurar el bienestar de la comunidad rural” (Pastorino, 2011).

Sin mayores precisiones y discusiones en cuanto a la definición de esta rama autónoma del Derecho es necesario expresar que entendemos por actividad agraria, objeto del derecho agrario, puesto que con ello se entenderá acabadamente porque es una herramienta central en la consecución de los ODS n° 2 y 12.

Carrera señala que *“el elemento constitutivo esencial del derecho agrario, como hemos dicho, es la actividad agraria que es una industria genética perfectamente diferenciada de las otras industrias de extracción, de transformación o de servicio”* (Carrera, 1978)

La actividad agraria constituye una forma de la actividad humana tendiente a hacer producir de la naturaleza orgánica cierto tipo de vegetales y animales con el fin de lograr el aprovechamiento de sus frutos y productos.

El Derecho Agrario debe extender sus límites –si ya no lo ha hecho- al sector agroalimentario, como en su tiempo lo hizo con el derecho ambiental, sin retraerse en la actividad primaria exclusivamente. Se ha dicho que:

“El derecho agrario puede regular y estudiar las normas e institutos que teniendo que ver con los bienes y la actividad agrarios, reflejan sobre éstos características particulares provenientes del mercado de alimentos y de los intereses superiores que lo guían. Estos imponen cada vez mayores regulaciones y usar el concepto de actividad como límite para escindir las normas agroalimentarias o agroindustriales de aquellas que son directamente industriales” (Pastorino, 2011).

No han sido pocos los agraristas de distintos países que han insistido en señalar los perfiles todavía inciertos de nuestra disciplina, lo que se traduce en el advenimiento de nuevos institutos, en la transformación y también en la desaparición de otros. Esto le ha hecho decir a Carrozza que el Derecho Agrario, como lo vemos hoy, tendera a disolverse, pero solamente para ser recompuesto sobre otras bases, subsistiendo siempre la centralidad del fenómeno productivo y su principio fundamental, en cuanto a la agricultura tiene y tendrá que ver siempre con la vida y los productos agrícolas son el resultado de este proceso (Brebbia, 2014).

En vista de lo dicho es que el Derecho Agrario se extiende –o debería hacerlo- sobre la cadena productiva, regulando sus distintas etapas . El sector primario, obviamente, es el primer eslabón de la cadena y toda modificación que se produzca aquí inevitablemente impactara en el resto de los eslabones. Al mismo tiempo, el último eslabón de esa misma cadena, el destino final de los desechos generados por los consumidores, inevitablemente afectara al primero por impactar directamente en el ambiente.

El Derecho Agrario se ha interiorizado e interesado siempre por lo que sucede en las etapas posteriores de la cadena productiva ya que, como se dijo, estas influyen en la actividad primaria, en la actividad agraria. A esto Vivanco lo llamaba actividades vinculadas.

Por ello es que la adopción de buenas prácticas agrícolas se presenta como una oportunidad para mejorar la calidad y la producción de alimentos –y otros insumos-, al igual que su implementación en el consumo nos aseguran que el impacto generado por los desechos sea morigerado.

Los Estados deben tomar medidas para mantener, adaptar y fortalecer la diversidad de la alimentación y los hábitos sanos de consumo y producción. Para esto el Derecho Agrario debe convertirse en el marco normativo que, ya no de manera voluntaria, obliguen a la implementación de buenas prácticas agrícolas.

Como ejemplo de homogenización normativa en esta temática podemos mencionar el “Libro blanco” preparado por la Comunidad Europea que partiendo de la existencia de dificultades para la comercialización de productos provenientes de otros Estados miembro, se propuso la liberalización dentro del territorio comunitario, objetivo que fue alcanzado por vía del reconocimiento recíproco de normas y reglas técnicas adoptadas por cada Estado y por el establecimiento de la equivalencia entre las disposiciones vigentes en cada uno de ellos, de esta manera se llegó a la abolición de los controles en las fronteras intracomunitarias a partir del año 1993. (Brebba, 2014)

5.- Buenas Prácticas Agrícolas

Se ha señalado que:

“La Organización de las Naciones Unidas para la alimentación y la agricultura (FAO), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) promueven la adopción de buenas prácticas agrícolas (BPA) durante el proceso de producción de materias primas, forrajes y alimentos, por considerar que, de esa manera, se satisfacen las exigencias de calidad y seguridad de los bienes así producidos, al tiempo que contribuyen a conservar los recursos naturales involucrados” (Elorza, 2020).

El Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) expresa que las Buenas Prácticas Agrícolas (BPA) son las acciones involucradas en la producción, procesamiento y transporte de productos de origen agropecuario, orientadas a asegurar la inocuidad del producto, la protección del medio ambiente y del personal que trabaja en la explotación. En el caso de los productos pecuarios involucra también el bienestar animal (INTA, 2016).

Las BPA “*son un conjunto de principios, normas y recomendaciones técnicas aplicables a la producción, procesamiento y transporte de alimentos, orientadas a asegurar la protección de la higiene, la salud humana y el medio ambiente, mediante métodos ecológicamente seguros, higiénicamente aceptables y económicamente factibles*” traducidos en la obtención de productos alimenticios y no alimenticios más inocuos y saludables para el autoconsumo y el consumidor (Casafe, 2020). Ampliando esta definición podemos agregar que las BPA se constituyen en un componente de competitividad, que permite al productor rural diferenciar su producto de los demás oferentes, con todas las implicancias económicas que ello hoy supone (mayor calidad, acceso a nuevos mercados y consolidación de los mercados actuales, reducción de costos, etc.) (Izquierdo, 2006).

En las últimas décadas hemos visto una tendencia por parte de un grupo de consumidores y productores en implementar estas BPA. Si bien, esos esfuerzos no han generado un impacto a gran escala, han ayudado a generar gran cantidad de estudios e investigaciones que permiten asegurar que la utilización de estos métodos en la producción es sumamente beneficiosa en todos los aspectos.

Con la implementación de estas prácticas se asegura la sostenibilidad de los sistemas de producción de alimentos y se permiten aumentar la productividad y la producción, contribuyendo al mantenimiento del medioambiente.

5.1.- Normalización de las BPA

La implementación de las BPA se promueve como herramienta para obtener una mejora en la productividad, alcanzar los estándares de higiene y mejorar la experiencia del consumidor para hacer frente a la creciente demanda de alimentos.

Para lograr esto,

“las BPA deben cumplir los mismos estándares para la exportación que para el mercado interno, en virtud de que la protección debe ser la misma tanto para el consumidor extranjero como para el consumidor nacional. En este sentido, si bien existe cierta heterogeneidad de estándares de BPA según el mercado de destino, todos tienden a converger en lo sustantivo, y por lo tanto es sumamente importante que los estándares a nivel nacional posean correlación con el conjun-

to de estándares vigentes de los mercados externos” (Izquierdo, 2006).

La regulación sobre las BPA y su implementación es dispar. Si bien se ve una intención por su normalización, los esfuerzos aislados llevan a la superposición de reglas que, en definitiva, desorientan a productores y consumidores. En general se intenta seguir las BPA internacionales que marcan los requisitos de exportación, pero, probablemente, los pequeños productores no tengan acceso a dicha información –ni consecuente capacitación– quedando excluidos de su aplicación y de sus beneficios.

Las BPA internacionales reúnen los resultados de estudios científicos que han arrojado las mejores prácticas agrícolas que se pueden realizar. Con los conocimientos existentes las BPA, reconocidas y promovidas por la Organización Alimentaria y Agrícola de las Naciones Unidas (FAO, por sus siglas en inglés), vienen a erguirse como una guía para la implementación en los distintos países y regiones del mundo.

Está claro que, más allá de las recomendaciones que puedan realizarse o los lineamientos que fijen los países destinatarios de las exportaciones, si no se implementa un programa para su adopción progresiva pero normalizada y de forma obligatoria, el efecto no será inmediato, cuestión que no es menor si se tiene en cuenta que el tiempo apremia y las necesidades de alimentos continúan en aumento.

Entendemos que “estas prácticas deberían fijar una serie de requisitos mínimos obligatorios que todos deben cumplir desde el primer día, y otros requisitos que deberían exigirse de manera gradual hasta llegar a los estándares internacionales” (Izquierdo, 2006).

5.2.- El derecho agrario como regulador de las BPA

En vista de lo dicho hasta aquí podemos afirmar que el Derecho Agrario, conceptualizado con la amplitud que se le ha dado, es la rama del derecho que debe tomar la posta para llevar adelante la tarea de homogenizar las distintas iniciativas, a través de un trabajo interdisciplinario, colaborativo e integrador.

Sin dudas los principios rectores del Derecho Agrario nutren naturalmente todas las actividades sobre las que recaen las BPA. Por ello no encontramos otra posibilidad que estructurar el marco normativo que permita la implementación de las BPA en todo el mundo, en simultáneo, generando un efecto que en el corto plazo permita verificar los beneficios.

Para los pequeños productores la implementación obligatoria de estas buenas prácticas agrícolas no significaría más que algunos cambios de hábitos. Para las grandes empresas las implementaciones de estas prácticas no representan grandes gastos sino la adecuación de sus cadenas productivas a procesos sustentables lo que, además de los beneficios mencionados hasta aquí, genera grandes beneficios económicos debido a la eficiencia productiva que ello genera.

La necesidad planteada de establecer un marco normativo de base obligatorio para toda la cadena productiva e incluso alcanzando a los consumidores, recae sin dudas en el Derecho Agrario. No es esto un exceso sino todo lo contrario una simplificación práctica que permitirá alcanzar los objetivos propuestos sin dejar de lado, por supuesto, como se ha dicho, la necesidad del trabajo interdisciplinario. Cuando algo depende de muchos no depende de nadie y si no ponemos esta necesidad en “cabeza” de alguien, en este caso del Derecho Agrario, probablemente el 2030 nos encuentre igual.

6.- Las Buenas Prácticas Agrícolas y los Objetivos para el Desarrollo Sostenible

Si repasamos los ODS podremos ver que la implementación de las BPA no solo traerá beneficios a los ODS n° 2 y n° 12. Por ejemplo, es indiscutible que los cambios de hábitos en la producción y aun en el consumo traerán beneficios en la salud (ODS n°3) y en el cuidado general del agua (ODS n° 6). No hay dudas que la implementación de las BPA genera un impacto positivo en el combate contra el cambio climático y sus efectos (ODS n° 13). Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, efectuar una ordenación sostenible de los bosques, luchar contra la desertificación, detener y revertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de diversidad biológica (ODS n° 15) claramente es un objetivo al que la utilización de BPA colaborara para su consecución. De esta forma, podemos mencionar los 17 ODS y los beneficios que el uso de las buenas prácticas significa para alcanzarlos.

Las BPA son, o por lo menos parecen ser, las aliadas imprescindibles para alcanzar los objetivos de la “Agenda 2030”. Pero, como suele suceder, la acción no acompaña la proyección y, utilizando un término muy de moda, la procrastinación, que no es más que el arte de dejar para mañana lo que se debería haber hecho hoy, la no implementación de las BPA no nos acerca a los ODS y estos están cada vez más lejos.

En algunos países de la región las inadecuadas prácticas de producción y gestión empresarial hacen que se agraven las condiciones de seguridad alimentaria, debido a las fuertes barreras que encuentran los pequeños productores para acceder a los mercados. La aplicación de técnicas inapropiadas, la baja competitividad y productividad de los cultivos y la ausencia de estándares y normas de calidad también contribuyen al deterioro de los recursos naturales y a la acentuación de la pobreza rural, debido a los bajos precios de esos productos en el mercado (Izquierdo, 2006).

La implementación de las BPA redundará en claros beneficios para toda la población mundial y el planeta, ahora bien, esa implementación deberá ser obligatoria puesto que, si su aplicación resulta voluntaria, a la vista está, no alcanza para generar ese impacto esperado.

7.- Conclusión

Como corolario de lo expuesto, aun excediéndonos en la amplitud que se le otorga al derecho agrario, encontramos en esta rama del derecho un referente en la lucha contra el hambre y el mejoramiento de los procesos productivos y hábitos de consumo.

La “Agenda 2030” es sin dudas un plan de acción con muy buenas intenciones. Pero el plan solo no nos llevara a saborear la victoria de haber conseguido los objetivos, El plan es de acción y esta requiere que alguien coordine los esfuerzos. El Derecho Agrario es una rama del derecho amigable y sumamente compatible con los ODS de ello no hay dudas. El recorrido realizado por los 17 objetivos nos permite verificar esto, lo que nos da la oportunidad de avanzar, de accionar, de pasar del dicho al hecho.

El Derecho Agrario es el marco dentro del cual la actividad primaria de desenvuelve permitiendo homogenizar la diversidad de indicaciones, obviamente, es necesario internacionalizarlo, compararlo, compatibilizarlo y adaptarlo, pero encontramos en él la herramienta, no significa que no podamos acudir a otras solo que esta será la principal.

La relación entre el Derecho Agrario y los derechos humanos a través de los ODS ha quedado plasmada porque indudablemente forman parte del ADN de estos objetivos y cualquier intento de colaboración con ellos requieren el trabajo conjunto de estas ramas del Derecho. Sin embargo no podemos sobrecargar a los derechos humanos con cuestiones que pueden ser resueltas por el Derecho Agrario, como son la BPA.

Si las buenas prácticas agrícolas se homogenizaran e impusieran obligatoriamente, de forma progresiva, permitirían generar un impacto inmediato en la producción primaria trasladando los beneficios a toda la cadena productiva.

En busca de responder a la pregunta planteada, las BPA deberían ser reguladas por el Derecho Agrario, de forma interdisciplinaria. Su obligatoriedad permitiría cumplir con los ODS n° 2 y ODS n° 12 en el tiempo propuesto, es decir, en el año 2030.

Está claro que con estas líneas no se ha acabado el abordaje de la cuestión. Sería ilógico pensar que la solución a dos de los grandes problemas que aquejan a la humanidad podrían resolverse, tan sencillamente. Sin embargo, encontramos en el Derecho Agrario y en la BPA las herramientas correctas para poder cumplir con los propósitos mencionados.

Bibliografía

Brebbia, Fernando P. (2014), *Derecho Agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires.

Pastorino, Leonardo Fabio (2011), *Derecho Agrario Argentino*, 2ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Carrera, Rodolfo (1978) , *Derecho agrario para el desarrollo*. Buenos Aires, Depalma.

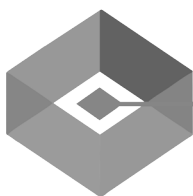
Carrozza, Antonio y Zeledón Zeledón, Ricardo(1990) *Teoría general e institutos de derecho agrario*. Buenos Aires, Astrea.

Elorza, Federico Martín (2020), “Jornadas de Buenas Prácticas de Aplicación de Productos Fitosanitarios (BPAF) con énfasis en los entornos periurbanos”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ILSI Argentina, 2020. Archivo Digital Disponible: <https://www.casafe.org/pdf/2020/Publicacion-BPAF.pdf>, visitado el 22 de agosto de 2022.

Izquierdo, Juan (2006), *Buenas Prácticas Agrícolas (BPA): En busca de sostenibilidad, competitividad y seguridad alimentaria*. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, documento disponible en: <http://www.fao.org/3/A0718s/A0718s00.pdf>, visitado el: 22 de agosto 2022.

ONU, Página web: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/hunger/> visitado el: 22 de agosto de 2022.

El convenio 190 ¿Oportunidad de cambio cultural?



Nicolás Gustavo Islas

Resumen

Desde hace años las mujeres han sido relegadas a ciudadanos de segunda. Muchas son las organizaciones internacionales que tratan de consagrar y garantizar la igualdad de género entre hombres y mujeres⁹⁹.

Desde el punto de vista laboral, la OIT ha tratado de revertir mediante su accionar la situación actual que afrontan las mujeres. El mismo organismo ha constatado que las mujeres no solo tienen menos probabilidades que los hombres de participar en el mercado de trabajo, sino que, cuando lo hacen, tienen altas probabilidades de estar ocupadas en empleos que se encuentran al margen de la protección de la legislación laboral y/o previsional. Asimismo se destaca la escasa presencia en cargos ejecutivos en las grandes empresas¹⁰⁰.

Por ello, el Convenio 190 (convenio sobre la violencia y el acoso) propone un enfoque inclusivo e integrado, que tenga en cuenta las consideraciones

⁹⁹ La Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 7, 23 y 25); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26 y conc.); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 3 y 7); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belém do Pará (BDP); entre muchos otros.

¹⁰⁰ Oficina Internacional del Trabajo: “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018” - 1ª ed. - OIT - Ginebra - 2018

de género, que implican analizar las necesidades e intereses específicos y, a veces, las diferencias de las mujeres y de los hombres, en todos los ámbitos, para poder adoptar, si fuese necesario, medidas específicas en relación a uno de los sexos para confrontar desigualdades especialmente arraigadas¹⁰¹.

No obstante, la norma reconoce a otros convenios que si bien son diferentes la completan y refuerzan, tales como el Convenio sobre Igualdad de Remuneración (100) y el Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades familiares (156), y sus pertinentes recomendaciones (90 y 165), sin desmerecer otras normas que podrían acompañar a la misma en su objetivo de garantizar la equidad de género.

El objetivo de este trabajo es realizar una breve presentación del convenio 190, a los fines de analizar si los derechos obligaciones que surgen del mismo son compatibles con la legislación actual, y, si así lo es, determinar cuáles serían los principales obstáculos a superar para lograr su cumplimiento íntegro.

1.- Convenio 190

El Convenio 190 fue aprobado el 21 de junio de 2021, por el plenario de la OIT. Este Convenio pertenece a la categoría de los convenios técnicos de la organización y es complementado por la Recomendación 206. Abarca a toda persona que tenga un punto de contacto con el trabajo, sea que se encuentre ocupada -sin importar cuál sea su situación contractual, inclusive si es voluntaria-, sea que esté en una etapa de formación, que hubiese sido despedida, se encuentre buscando empleo o esté en su postulación (art. 2.1). Asimismo, establece que es de aplicación tanto en el ámbito privado como en el público, en la economía formal e informal, en las zonas rurales o urbanas (art. 2.2). Se debe aclarar que aquí encontramos un primer acierto del Convenio ya que no asegura la protección solo al trabajador dependiente del ámbito privado.

Como se mencionó precedentemente el Convenio protege al trabajador durante todo el desarrollo de la relación laboral, pero así también en la formación del mismo y luego de su extinción. Esto es algo novedoso desde el punto de vista del Derecho laboral argentino, en el cual las normas solo protegen a partir de la entrada en vigencia del contrato laboral, pero no en su etapa “pre-contractual”. Pese a no estar regulado desde el ámbito laboral la protección contra la discriminación indirecta a sido garantizada jurisprudencialmente¹⁰².

¹⁰¹ Conf. www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang--es/index.htm

¹⁰² Cam. Nac. Civ, Sala H, “Fundación mujeres en igualdad y otro c/ Freddo SA”, del 16 de

Por otro lado, el 3 pretende extender el alcance de la protección contra el acoso y abuso, es decir, no solo al que se produzca cuando el trabajador se encuentra a disposición del empleador sino también a la violencia o el acoso se produzcan: a) en el lugar de trabajo; b) en los lugares de pago, de descanso, de comedor, en instalaciones sanitarias, en los vestuarios, etc.; c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) en el marco de las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnología; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador; o f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

Lo mencionado precedentemente tiene su correlato en los artículos 62 y 63 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), conocidos como deberes comunes a las partes. La norma describe la actitud que deben asumir las partes durante toda la relación laboral, haciendo referencia a los principios de colaboración, solidaridad y buena fe. El art 63 precisa que las partes están *obligadas* a obrar de *buena fe*, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato de trabajo.

2.- La conceptualización de violencia

“La expresión ‘violencia y acoso’ en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género” (art. 1.a, Convenio 190).

La OIT adopta una noción compuesta de *violencia* y *acoso* para asegurar amplitud a la denominación, de modo que abarque no sólo casos de violencia extrema, sino también casos de acoso moral, psicológico u organizacional. Posteriormente nos refiere a las prácticas o comportamientos inaceptables o amenazas de los mismos. Seguidamente establece como se configura la situación de violencia y acoso, más allá de la periodicidad del comportamiento. Aquí la OIT ahonda aún más en la definición de violencia ya que amplía la establecida en la recomendación 206, dado que ya no sería necesario que las practicas o comportamientos se han realizados de forma sistemática contra un trabajador o un grupo de estos.

Asimismo, el convenio 190 establece que las prácticas y los comportamientos contra el trabajador pueden tener diferentes finalidades: la de dañar; la finalidad potencial de causarlo; o, simplemente, la constatación efectiva del daño. Como se mencionó, las dos primeras acepciones hacen referencia a un componente subjetivo (la finalidad del agresor de causar el daño en forma directa o indirecta), mientras que la tercera acepción hace referencia a un componente netamente objetivo (la corroboración en los hechos del daño causado).

Se debe destacar que los grupos vulnerables que están expuestos en mayor medida a sufrir violencia en los ámbitos del trabajo, en el caso particular de Argentina, son las mujeres y los colectivos LGTBI+. Dado esto inciso b del art. 1 contempla a las personas que sufren violencia y acoso en razón de su género, ya sea por razón estricta de su sexo o género, o por afectación desproporcionada.

El Convenio en análisis, como se viene mencionando, exige a los Estados miembros que adopten una legislación que identifique y prohíba la violencia y el acoso laboral en el entorno laboral, incluyendo pero no limitándose, a la violencia de género y, dentro de esta, al acoso sexual.

La violencia de género es, ante todo, parte de una problemática de mayor amplitud que es la que engendra la discriminación, con quien reconoce estrecho ligamen, siendo en ocasiones su causa y en otras su efecto. Ya la Recomendación 206 de la OIT enuncia a la discriminación dentro de los factores que aumentan las probabilidades de violencia y acoso en el mundo del trabajo, junto con el abuso de las relaciones de poder y los estereotipos (punto 8).

Siguiendo este hilo, la Convención Belém do Pará ha definido a la violencia de género como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*¹⁰³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha remarcado que *“la violencia de género es una forma de discriminación”* que violenta, *“el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención”*¹⁰⁴ y ha sentado que resulta incompatible con el principio de igualdad toda situación discriminatoria, sea por trato de superioridad a determinado grupo, sea por considerarlo como inferior, con hostilidad¹⁰⁵.

¹⁰³ Art. 1 Convención Belém do Pará

¹⁰⁴ Corte IDH “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, del 16/11/2009.

¹⁰⁵ Corte IDH “Velásquez Paiz y ots. vs. Guatemala” del 19/11/2015.

Ahora bien, como he mencionado la definición abarca la palabra discriminación como cuestión que aborda la violencia y el acoso. Por ello es importante, evitar todas las formas de discriminación. Si a la discriminación por motivos de género añadimos cuestiones, tales como la edad, la raza, la etnia, la posición económica, la condición de emigrante; el estado de embarazo, el de discapacidad, la afectación por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad, se produce lo que se llama “intersección de las distintas formas de discriminación” o “formas entrecruzadas de discriminación”.

La OIT no es ajena a esto, por ello en su Convenio 111 ya menciona que se deben adoptar medidas para las necesidades particulares de las personas que, por razones como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, poseen una necesidad de protección o asistencia especial¹⁰⁶.

Asimismo en su Recomendación 204, la OIT, hace hincapié en la importancia de controlar la economía informal, ya que si a la falta de trabajo decente le sumamos cuestiones de condición migratoria, sexo, raza, religión, discapacidad, entre otras, se produce una mayor inseguridad y vulnerabilidad de los trabajadores.

Como dijimos en la introducción el Convenio 190 plantea la obligación a los Estados miembros de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo y la ocupación de todas las personas, además de las mujeres, con expresa previsión de quienes pertenecen a grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad, por estar afectados en forma desproporcionada por la violencia o el acoso en el mundo del trabajo (Elmelaj, 2020).

Sin embargo, no todo trato desigual es *per se* un acto de discriminación o violencia. Esto queda claro en el artículo 6 del Convenio analizado cuando menciona la especial consideración de los grupos más vulnerables. Es decir los Estados deben adoptar medidas de protección para los grupos vulnerables, pero no deben tomar medidas que conlleven a una restricción o exclusión de los grupos vulnerables en determinados empleos, sectores u ocupaciones¹⁰⁷.

3.- Las Obligaciones para los Estados

Como sostiene Elmelaj (2020) *“la medida más ambiciosa que contiene el convenio 190 y su recomendación es -sin lugar a dudas- la obtención de un cambio cultural,*

¹⁰⁶ Art 5.2, Convenio 111 OIT.

¹⁰⁷ Recomendación 206 (OIT).

basado en el respeto mutuo y en la dignidad, para lo cual reclaman, como dijimos al inicio, la adopción de un enfoque inclusivo e integral, que tenga en cuenta las consideraciones de género.”

Contemplada en la sección tercera del Convenio, la obligación principal de los Estados es la promoción y aseguramiento del “*disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso*” (art. 4.1). Esto se logra abordando la protección y prevención de la violencia y el acoso a través de obligaciones a los Estados parte como: la adopción de una legislación que defina y prohíba la violencia, la promoción y la efectividad de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, abordaje desde diferentes disciplinas a la hora de proteger y prevenir la violencia y acoso.

Asimismo, se pone en cabeza de los empleadores la obligación de tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso siempre que las mismas sean factibles y razonable (cabe aclarar que no es una medida directa del Convenio, sino que lo que establece es la obligación a los Estados para que adopten legislaciones que obliguen a lo mencionado).

Por otro lado también se garantizan mecanismos para que los Estados parte cumplan con las disposiciones, y se establecen medidas de seguimiento y control, mecanismos de solución de conflicto y vías recursivas (art 10 inc b y e).

Otra de las obligaciones a cargo de los Estados es reducir el impacto de la violencia doméstica en los ámbitos del trabajo (art. 10.f). En relación con las medidas que pueden ser adoptadas, la Recomendación (art. 18) establece la posibilidad de otorgar licencias especiales, flexibilizar la jornada laboral de acuerdo con las necesidades del caso, otorgar una protección temporal especial contra el despido arbitrario, emprender campañas de sensibilización y adicionar a las evaluaciones de los riesgos psicosociales aquellos factores que estén asociados a la violencia doméstica (Lobato, 2019).

Asimismo prevé obligaciones de prevención. Los Estados deben asegurar todos los recursos necesarios para llevar adelante campañas que concienticen sobre las diversas manifestaciones de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (art. 11). A modo de orientación el apartado 23 de la Recomendación 206 (OIT) establece algunos ejemplos:

- Investigación sobre los factores que establecen las condiciones para que se desarrollen situaciones de violencia y acoso en el mundo laboral;

- *Formación a agentes estatales, operadores jurídicos, jueces, inspectores del trabajo, policía, fiscales y cualquier actor que intervenga en las contiendas de violencia y acoso en el mundo del trabajo, así como también a las asociaciones sindicales y de empleadores, ya sean del sector público o privado;*

- *Recomendaciones de actuación en los lugares de trabajo;*

- *Campañas de sensibilización social en todos los idiomas en uso en el país, incluso los idiomas de las personas migrantes, que denuncien la violencia, acoso y discriminación y prevengan la estigmatización de las víctimas;*

- *Material didáctico y planes educativos para todos los niveles de enseñanza;*

- *Material para profesionales de la comunicación.*

Por último resta mencionar que los Estados deben garantizar todas las vías necesarias para que las personas afectadas se puedan alejar de las situaciones de violencia y acoso, sin poner en riesgo su fuente laboral y sin sufrir consecuencias que afecten su vida, salud o seguridad (art. 10.g). Incluso las autoridades administrativas pueden adoptar medidas de aplicación inmediata que impliquen la interrupción de la prestación laboral en casos de peligro para la vida, la salud o seguridad de las personas afectadas, sin perjuicio de los recursos judiciales o administrativos que correspondan de acuerdo con la legislación interna (art. 10.h). Ante esto se dispone que los Estados deben adoptar medidas que reparen los daños, como la regulación de sanciones (art 10.d).

4.- La regulación actual en Argentina

El convenio 190 fue aprobado por el congreso en noviembre de 2020, luego el poder ejecutivo lo ratificó un mes. El 24 de febrero de 2021, la Misión Permanente de la República Argentina ante los Organismos Internacionales depositó el instrumento ratificando el Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, culminando así el proceso formal de ratificación del convenio.

Expresado esto ahora toca analizar cómo se encuentra regulada la protección de la violencia y el acoso en Argentina.

Al comenzar, no podemos pasar por alto nuestra Constitución que en gran cantidad de artículos menciona la protección contra la discriminación. Por empezar ya el artículo 14 bis garantiza la igualdad de remuneración por

igual tarea, el art. 37 menciona la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para acceder a cargos electivos y partidarios, y el inciso 23) del artículo 75, manda al Estado a legislar y promover medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, en particular, respecto de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad, entre otras disposiciones concordantes.

Por otro lado, la ley 23592, sanciona con la nulidad a quien “*arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional*”. Ergo, quien por el contrario realice una conducta de este estilo será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

Asimismo, la Ley de protección integral contra la violencia de género (ley 26.485) contiene las normas propias para evitarla la discriminación entre hombres y mujeres. Para ello distingue varias modalidades. En esta oportunidad solo analizaremos la respectiva a la violencia laboral.

La ley 26.485 define la violencia laboral como aquella que obstaculiza el acceso de la mujer al empleo, su contratación, su ascenso, su estabilidad o su permanencia; o cuando se le exigen requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia o la realización del test de embarazo; o se quebranta el derecho de igual remuneración por igual tarea o función; o se la persigue con hostigamiento psicológico, en forma sistemática, para lograr su exclusión laboral. Por otro lado, agrega que dentro de la violencia laboral se encuentra además la violencia económica y patrimonial en el ámbito del trabajo, que es aquella en la cual la mujer percibe un salario menor que el que recibiría un hombre por realizar la misma tarea.

Nos toca analizar la LCT. La misma prevé que la prohibición expresa, art. 17, de discriminar en base al sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, a los trabajadores. Esto debe ser analizado con el correlato del art 81 que prevé que el empleador está obligado a dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. De esto surge que no existirá discriminación si se está frente a situaciones diferentes.

Continuando el art 17 bis de la LCT establece una discriminación a la inversa, en protección de los grupos vulnerables.

Es dable destacar que el art 75 de la LCT prevé la obligación del empleador de adoptar las medidas que, según el tipo de trabajo, la experiencia y la

técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y dignidad de los trabajadores. Es claro que también se hace referencia a los riesgos del trabajo. Haciendo un análisis particular de esto vemos que las principales víctimas del acoso y violencia (mobbing) suelen ser las mujeres. Sin embargo, el dec. 659/1996, no contempla la reparación de los daños que puedan recibir las mismas.

5.- Conclusión

Ante el desafío de acabar con la discriminación en el ámbito laboral, es un gran avance la ratificación del Convenio 190 por nuestro país. Sin embargo, como se viene mencionando, el Convenio es bastante ambicioso, ya que su plateo base o nuclear, requiere un cambio en la cultura “patriarcal” existente. Esto se debe a que el Convenio, como sostienen diferentes autores reclama un cambio de enfoque integral e inclusivo que tenga en cuenta las consideraciones de género. Esta norma entrará en vigor doce meses después de la fecha de la ratificación.

Según los datos del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, las mujeres ocupan el 68,4% de los empleos en el sector “servicios sociales y de salud”, el 73,3% en el sector “enseñanza” y el 94,7% del sector “trabajo en casas particulares”. Los tres sectores mencionados son los únicos que poseen mayoría de empleos ocupados por mujeres. En todos los demás sectores de la economía argentina las mujeres son minoritarias, aunque en “hoteles y restaurantes” ocupan un poco menos de la mitad (48,9%). (Catani, 2019).

Otro hecho significativo es el fenómeno denominado “techo de cristal” que implica que es mucho más frecuente encontrar varones que mujeres ocupando altos puestos jerárquicos, desde luego esto implica niveles salariales diferentes. Si bien el 45% de las personas que trabajan en relación de dependencia son mujeres, solo un 30,1% de los puestos de dirección o gerencial están ocupados por mujeres.

Para finalizar creo que es una gran oportunidad que se da en el marco normativo internacional para que las normas de protección contra la violencia y el acoso cobren gran importancia y sean por fin adoptadas por los Estados, pero más aún sean controladas, ya que como sabemos la simple adopción no significa per se el cumplimiento. Dado esto es fundamental el control y las denuncias a los organismos internacionales frente a las violaciones de las nor-

mativas que protegen contra todo tipo de discriminación, violencia y acoso.

Bibliografía

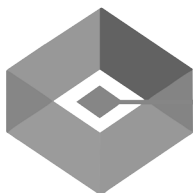
Catani, E. (2020), “Las normas laborales frente a las principales desigualdades de género del mercado de trabajo”. Inedito

Elmelaj, M. L. (2020), “El Convenio (OIT) 190 sobre la violencia y el acoso, y su importancia para la Argentina”, en *Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, n° 2020.

Lobato, J. (2019), “El Convenio 190 y la Recomendación 206 de la OIT - Un avance decisivo hacia el fortalecimiento de la protección de derechos fundamentales en el trabajo”, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*.

OIT (2018), *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino*, Ginebra.

El derecho a la educación en tensión. La situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



Lloret Elsa María del Carmen

Arrouy Pedro Luis

(UNICEN)

Resumen

La presente ponencia se enmarca en el trabajo de tesis doctoral sobre “Los Decretos de Necesidad y Urgencia en el Derecho Público Provincial. Uso, regulación y control en las constituciones provinciales: Una perspectiva desde el federalismo en el período 1994- 2014”. No obstante; que el recorte temporal de la tesis es hasta el año 2014, se analizará si en el contexto actual de emergencia sanitaria es posible que la misma sea gestionada por los gobiernos provinciales. Entendemos que, así como el Estado federal tiene atribuciones de emergencia, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben en cuanto a materias no delegadas y concurrentes, como la educación y la salud, en el marco de su autonomía, prever dichos institutos.

En la actualidad, ocho provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen en sus textos constitucionales disposiciones de emergencia y de necesidad y urgencia. Aunque parte de la doctrina constitucional entiende que tales normas le competen al Estado federal, porque es materia delegada de las provincias, nuestra opinión es que las provincias delegaron materias, pero no formas institucionales. Por lo tanto, en razón a las competencias exclusivas, (art. 5, 121, 122, 124, 129, en Constitución Nacional) y a las concurrentes (art. 125 de la CN, en concordancia con los art 75 inc. 17, 18 y 19 y art 41), los gobernadores y el jefe de gobierno de CABA tienen facultades para dictar disposiciones legislativas, por un límite temporal y sujeto al control de las legislaturas.

Desde el aspecto normológico, la reforma de 1994 vino a constituir a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sujeto de la relación federal. El 10 de octubre de 1996, CABA sancionaba su Estatuto Organizativo de acuerdo con el Art. 129 de la Constitución Nacional. Asimismo, dicho Estatuto establece en su art 103, la atribución al Jefe de Gobierno de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia casi con exactitud a lo establecido en el art 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

No obstante ello, actualmente, en el aspecto sociológico, a raíz del aumento de casos de coronavirus, asistimos a un recrudescimiento de las medidas restrictivas desde el gobierno federal, hacia el Área Metropolitana de Buenos Aires, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 2412020, en el que instituye entre otras medidas, en el art. 2 que instituye: *“Establécese, en el aglomerado del ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), (...), la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive”*.

A partir del plexo normativo y a la luz del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, surgen algunos interrogantes tales como: ¿las provincias y CABA deben contar con institutos de emergencias para atenuar las situaciones de emergencia constitucional? Ante la ausencia de tales institutos ¿es posible que el gobierno federal pueda determinar medidas restrictivas, en un solo estado de la federación? ¿podríamos estar frente a un caso de intervención federal, de facto? ¿el reparto constitucional de competencias se ve alterado por tal disposición?

En este contexto, desde el aspecto axiológico consideramos al federalismo, la república y la democracia como valores de nuestro Estado de Derecho Constitucional. Es por ello que, tanto las provincias como Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tienen en las normas jurídicas los mecanismos para establecer la vida en sociedad, tanto en momentos de normalidad como en momentos de crisis económicas, financieras, fiscales, administrativas, previsionales, sociales, sanitarias y naturales, que permiten que el sistema de legalidad ordinaria sea substituido por una legalidad extraordinaria.

1.- Introducción

Como anticipamos precedentemente se analizará la medida dispuesta por el gobierno nacional, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia (en

adelante DNU) 241/2020 sobre el territorio del AMBA, que incluye a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de qué manera incidió en la gestión de la emergencia sanitaria, lo resuelto en el fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sin perder de vista nuestra forma de Estado federal.

La elección de la forma de Estado federal, significa haber optado por una forma de distribución del poder que se caracteriza por la existencia de más de un centro de producción de normas. Por ello, la organización del poder reconoce ciertas competencias al gobierno federal y a los gobiernos provinciales y establece una compleja trama de facultades propias y exclusivas, entre el Estado federal, las provincias, CABA y los municipios, además de las compartidas y concurrentes entre los distintos órdenes de gobierno.

La reforma constitucional de 1994 incorporó dos nuevos sujetos de la relación federal, esto es, a Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA) en el art. 129 y a los municipios en el art 123 de la Constitución Nacional (CN), asegurándoles a ambos autonomía. El reconocimiento de la autonomía local está ligada al dictado de las respectivas constituciones, según el art. 5 de la Constitución Nacional (CN), que exige que se respeten la forma representativa republicana de acuerdo con las declaraciones, principios y garantías de la CN.

Asimismo, y en relación con las facultades reglamentarias infraconstitucionales, el art 75 inc. 12 es el que sienta las pautas para la concurrencia de tales facultades. Ya que se trata de un federalismo atenuado, el Poder Legislativo tiene la facultad de dictar lo que se denomina el derecho de fondo, único y común en el territorio nacional, y las provincias conservan para sí el dictado de las leyes de procedimiento y la reglamentación ligada a cuestiones propias del ámbito local.

Respecto al tema que nos convoca, la regulación sobre la educación es una competencia exclusiva de las provincias y de CABA, según lo disponen los arts. 5, 121, 125, 129, de la CN. Ello es así, aunque la Constitución Nacional, en el art 75 inc. 18, establece la obligación del gobierno federal de formular políticas públicas para hacer posible un efectivo desarrollo humano. Hay un preciso mandato en materia de educación y de los objetivos a alcanzar. Las políticas en materias de educación corresponden al Estado federal, a través del dictado de leyes de organización y de base, las cuales deberán satisfacer los principios de equidad y gratuidad. Admite Cayuso (2007:262), que el principio de gratuidad parece calificado con el de equidad, y éste último cobra especial relevancia en su relación con la igualdad de oportunidades.

Dichos principios, se encuentran consagrados en los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Además, una guía en la materia lo constituyen las disposiciones del Protocolo de San Salvador, instrumento que, al referirse al derecho a la educación como deber insoslayable del Estado, hace una diferenciación según se trate de educación primaria, media o universitaria. Ello con independencia de considerar que lo óptimo en la materia es tender a la gratuidad, afirmación que parece fundarse en la obligación estatal en la materia y en el carácter de derecho fundamental de prestación (Cayuso, 2007:263).

La CN, desde antes de la reforma de 1994, asigna al Congreso federal la competencia para dictar planes de estudio de instrucción general y universitaria. La cláusula del que era el art 67 inc. 16, subsiste en la actualidad, sin modificación, en el art 75 inc. 18, aunque el inc. 19 ha ampliado tal provisión en su párrafo tercero, y es necesario correlacionar ambas normas. Por lo tanto, el Estado federal, está habilitado para dictar una ley marco, que debe atender las siguientes pautas: a) han de ser leyes de organización y de base; b) que consoliden la unión nacional; c) que respeten las individualidades provinciales y locales; y d) que aseguren la responsabilidad indeclinable del Estado (Bidart Campos, 1998:2,42)

El Estado federal, mediante la ley 26.206, reconoce que la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social garantizado por el Estado, por cuanto ella es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado (arts. 2 y 3). También dispone claramente que el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional (art. 12). Aclara, que el gobierno y la administración del Sistema Educativo Nacional es una responsabilidad concurrente y concertada del Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología y de los Poderes Ejecutivos de las provincias y del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El organismo de concertación de la política educativa nacional es el Consejo Federal de Educación (art. 113).

Planteado el marco normológico, analizaremos el fallo de la CSJN, en el que el gobierno de CABA plantea la inconstitucionalidad del DNU 241/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, que suspende las clases presenciales en dicho ente autonómico, en el contexto de emergencia sanitaria, provocada por un recrudecimiento de la pandemia provocada por el coronavirus.

2.- Análisis del caso

2.1.- Los hechos del caso

El día 16 de abril del 2021 el Gobierno de CABA, inició una acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el Estado Nacional, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º del DNU 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional, que modificó lo dispuesto en el art. 10 del decreto 235/2021. Dicha disposición, estableció, en su último párrafo, la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado “Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)” definido en el art. 3º del decreto 125/2021¹⁰⁸.

Entre los argumentos que presenta el Gobierno de CABA, caben destacar los siguientes:

- 1) En el caso, no se encuentra el Congreso en receso, ni se está frente a un estado de necesidad que impida al mismo sesionar con carácter inmediato y urgente una ley, que regulase lo dispuesto en el DNU, ya que no existen las circunstancias excepcionales que impidan a este órgano sesionar.
- 2) El decreto supone una forma vedada u oblicua de intervenir la jurisdicción autónoma, que de ser esa la intención del gobierno federal, también debía realizarse mediante la sanción de una ley del Congreso Nacional, ya que este órgano no se encuentra en receso.

Los puntos centrales sobre los que gira la discusión y argumentación de los jueces pueden resumirse en los siguientes:

- 1) Se define a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una ciudad federada;

¹⁰⁸ El Decreto 125/2021 define al Área Metropolitana de Buenos Aires como el aglomerado urbano que, a los fines del presente decreto comprende a la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y los siguientes TREINTA Y CINCO (35) partidos de la Provincia de BUENOS AIRES: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López.

- 2) Existen facultades concurrentes en materia sanitaria y educativa, entre el Estado federal, las provincias y CABA;
- 3) La falta de fundamentación del decreto;
- 4) El AMBA no es una región;
- 5) La doctrina de los actos propios, no es aplicable al caso y;
- 6) El conflicto no existía al momento de dictarse la sentencia.

2.2.- *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires como ciudad federada*

En el voto conjunto de Maqueda y Rosatti, se conceptualiza a CABA como ciudad por sus características demográficas y además se le otorga la cualidad de ciudad constitucional, porque es la única que es designada expresamente por su nombre, con atributos propios de derecho público, a diferencia de las otras ciudades que son tratadas por la Constitución, de manera genérica con el nombre de municipios.

Es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal, juntamente con el resto de los sujetos de la relación federal. Para caracterizarla como ciudad constitucional, los jueces hacen referencia a la reforma de 1994, estableciendo que dicho status lo dio el constituyente reformador: *“la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser considerada prioritariamente como “ciudad constitucional” y solo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se comprometieran los intereses federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo. La “capitalidad, y por extensión la federalización, de la Ciudad de Buenos Aires es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales”.*

En el mismo sentido, consideraron que la vigencia del artículo 129 de la CN imposibilita que la Ciudad de Buenos Aires reciba el mismo trato que antes de la reforma de 1994, es decir como un “territorio federalizado”, propio de una época en la que ésta carecía de autonomía en tanto el Congreso de la Nación actuaba como su legislador “exclusivo” (ex art. 67 inc. 27), el Presidente de la Nación como su “jefe inmediato y local” (ex art. 86 inc. 3) y la justicia nacional como justicia local.

El voto de Rosenkrantz es coincidente, aunque remarca que estas facultades de gobierno sobre la Ciudad de Buenos Aires no pueden ser reasumidas por el presidente o por el Congreso, ni siquiera de manera transitoria, lo cual queda demostrado por la inclusión de la Ciudad en los arts. 75, inc. 31 y 99,

inc. 20 de la Constitución. Sólo se admite que el gobierno federal pueda tener injerencia sobre la Ciudad de Buenos Aires, en caso que el Congreso disponga la intervención federal o apruebe la decretada por el Poder Ejecutivo durante su receso.

En este contexto, la Corte entiende que *“la Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas (con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del estado nacional en la Ciudad). En particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas”*. El voto de Lorenzetti es concordante en este aspecto.

2.3.- Facultades concurrentes en materia educativa y sanitaria entre el Estado federal, las provincias y CABA

El voto de los jueces Maqueda y Rosatti advierte que en nuestro sistema federal la educación, dependiendo en qué aspecto y en qué modo, puede ser regulada tanto por el Estado Nacional como por las provincias, ya que “el Estado Nacional delinea la ‘base de la educación’ según el art 75 inc. 19, las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la ‘educación primaria’ de acuerdo con el art. 5”. Lorenzetti, añade que, en ese marco, la Ley Nacional de Educación, (ley 26.206), reconoce que la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social garantizado por el Estado, por cuanto ella es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado (arts. 2 y 3).

Asimismo, ambos magistrados, entendieron que el constituyente reformador de 1994 al incluir entre las potestades del Congreso, la de sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la igualdad de oportunidades, persigue un doble objetivo. Por un lado, consagrar expresamente con la máxima jerarquía principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina. Y, por otra parte, asegurar mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación.

En su argumentación reconocen, Maqueda y Rosatti, que la atribución de esa competencia educativa al Congreso de la Nación no significó desconocer las competencias provinciales para regular sobre esa materia, sino que el Constituyente afirmó que *“de entrada la norma formula un modelo de federalismo de concertación”*. En ese federalismo de concertación, no puede ser desconocida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que como el resto de las provincias está

provista de la atribución, según el art 5 de la CN, para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes. La Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias y expresamente incorporó como sujeto activo, y en igualdad de condiciones que las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Respecto a la competencia sanitaria, el voto de Maqueda y Rosatti, considera que esta Corte reconoció desde antaño la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias, en los precedentes Plaza de Toros¹⁰⁹ y Saladeristas de Barracas¹¹⁰, casos donde se cuestionaba la competencia provincial para regular la preservación a la salubridad pública. En ambos fallos, *“se convalidaron restricciones locales, luego de declarar el poder de policía para proveer lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos fue reservado por las provincias”*.

Rosenkrantz coincide con el voto conjunto de Maqueda y Rosatti, en que la subordinación de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al Estado federal es en ciertos ámbitos. Esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional. No se trata de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la CN. Concuerdan en que la distribución de competencias en un Estado federal como el nuestro, y la complejidad de aspectos que pueden converger en una misma realidad, exigen que el preciso deslinde de competencias se haga atendiendo cuidadosamente a las circunstancias de cada caso.

Es destacable la postura de Rosenkrantz, en tanto opina que el Estado federal no puede, sobre bases conjeturales, limitar la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias. Además, indica que *“la Nación, mediante una sanción normativa, no puede transformar en interjurisdiccional lo que, fáctica y jurídicamente, no lo es. Para que una actividad sea interjurisdiccional y, por lo tanto, admita la regulación nacional, es preciso que tenga un alcance, en sí misma o por sus efectos, que exceda los límites de la provincia de que se trate o de la Ciudad de Buenos Aires”*.

Sin perjuicio de ello, entiende Rosenkrantz, que *“nadie duda que la pandemia excede todo límite interprovincial y, para el caso, toda frontera nacional. Pero ello no basta para justificar. No basta, entonces, el carácter transnacional de la situación sanitaria que se intenta paliar para dar por acreditada una suerte de interjurisdiccionalidad per se respecto de cualquier medida que se adopte con la finalidad de combatirla”*.

También, admite Rosenkrantz, que la Ciudad de Buenos Aires en la de-

¹⁰⁹ CSJN, “Plaza de Toros”, Fallos: 7:150.

¹¹⁰ CSJN, “Saladeristas de Barracas”, Fallos: 31:2734.

manda *“ha proporcionado, elementos de juicio que indican que el impacto interjurisdiccional de la actividad regulada es meramente conjetural”*. Fundamenta, que el Decreto en cuestión es inconstitucional, porque los arts. 5 y 31 de la Constitución Nacional pueden resultar violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional. La inconstitucionalidad puede ser ascendente o descendente.

Lorenzetti, coincide con el voto conjunto de Maqueda y Rosatti, respecto al reconocimiento de la autonomía de CABA y reconoce que en materia sanitaria y educativa las facultades son concurrentes entre la Nación, las provincias y CABA. Hace una apreciación respecto a que el derecho a la educación merece especial tutela porque se consagra en la Constitución Nacional, en los diferentes instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y en las constituciones locales. Además, pondera que *“el Estado no tiene facultades para limitar el derecho de una persona para ejercer su derecho a la educación, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 Constitución Nacional), siempre que no signifique una afectación esencial del derecho”*.

Entiende, Lorenzetti que *“quien pretenda restringir el derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida”*.

2.4.- Falta de Fundamentación del DNU

La falta de motivación o la inadecuada fundamentación del decreto, que motivó la presente causa, adquiere fundamental importancia. Toda vez que la Administración se encuentra siempre obligada a dar razones y a explicar el contenido concreto de sus decisiones, los antecedentes que la llevaron a tomar tal medida, así como también explicar la proporcionalidad entre el objeto de la decisión y la finalidad.

Según Maqueda y Rosatti, en el caso, las alegaciones que ensaya el Poder Ejecutivo al dictar el presente decreto, sobre la cantidad de personas que utilizaron el transporte público de manera coincidente con el inicio de las clases presenciales, la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires y el aumento de casos de COVID- 19, entre personas de trece a dieciocho años y de veinte a veintinueve, sin mayor explicación no alcanza para justificar la competencia sanitaria federal. Por lo que hace presumir que la falta de justificación, deja al descubierto que el

Estado federal, en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que no le pertenece. El debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado federal, justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria, en relación con la concreta orden de suspender el dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora.

Rosenkrantz, por su parte, fundamenta que *“para poder justificar la medida que pretende adoptar el Estado Nacional, debía explicar por qué otra razón la continuidad de la modalidad de clases presenciales en el ámbito de la ciudad afecta el bienestar general de todas las provincias. Y no lo ha hecho”*.

Según Lorenzetti, frente al desacuerdo suscitado entre el Estado federal y Ciudad de Buenos Aires, sobre las clases presenciales, hay que considerar lo decidido por el Consejo Federal de Educación, autoridad de aplicación de la ley 26206. Este organismo, a través de la resolución 387/21¹¹¹ priorizó la apertura de las escuelas y la reanudación de clases y dicha guía no puede ser sustituida por los jueces que carecen de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública. La necesidad de regular una situación de emergencia que comprenda varias regiones o provincias, denominada “interjurisdiccionalidad”, ha sido cubierta por el Consejo Federal, estableciendo un criterio del cual se aparta el DNU 241/2021.

2.5.- El área Metropolitana de Buenos Aires no es una región

Respecto a la conformación territorial AMBA mediante el DNU 125/2021, los jueces Maqueda y Rosatti, entendieron que dicha conformación, si bien cumple una función estratégica, no puede desvirtuar las potestades constitucionales reconocidas a los diversos componentes del Estado federal que formen parte de tales áreas. Aunque la Constitución prevé a la región como sujeto no inexorable o posible de nuestra federación, a los fines de su concreción exige el cumplimiento de lo pactado por el Art 124 de la CN, esto es, dar conocimiento al Congreso Nacional. Por lo tanto, un DNU como el 125/2021 no puede otorgar al AMBA la cualidad de región.

Igualmente, entienden que, en un federalismo de concertación basado en los principios de buena fe y lealtad federal, resulta imprescindible que en

¹¹¹ La resolución 387/21 del Consejo Federal de Educación estableció que la educación presencial debía llevarse a cabo en condiciones de seguridad sanitaria y cuidado de la salud de la comunidad educativa, en forma escalonada, conforme con la situación epidemiológica en las unidades geográficas de menor escala en las que resulte posible evaluar el riesgo sanitario y epidemiológico imperante. guía no puede ser sustituida por los jueces que carecen de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública.

toda conformación regional para el ejercicio de competencias exclusivas de las jurisdicciones locales o concurrentes con el Estado federal, cuente con la participación de las partes involucradas. Finalmente concluyen que, aun instrumentándose la distribución de competencias, mediante una ley formal del Congreso Nacional, se estaría violando la autonomía de Ciudad de Buenos Aires.

2.6.- La doctrina de los actos propios

El Estado federal, al contestar la demanda sostiene que “*la Ciudad de Buenos Aires, ha consentido todos y cada uno de los Decretos dictados entre los años 2020 y 2021, anteriores al DNU 241/2021, entre ellas la suspensión de clases presenciales durante el 2020, sin cuestionar la competencia del Estado federal*”. Razón por la cual, considera que resulta incoherente y por ende contrario a la buena fe que, con la actual situación epidemiológica, la actora pretenda impugnar la medida adoptada en el decreto mencionado. Y que, para tal proceder, sería aplicable la doctrina de los actos propios.

En este punto, el Tribunal sostiene que para el caso no resulta aplicable la doctrina de los actos propios, porque, aunque desde el inicio de la pandemia tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires, han aceptado el rol del Estado federal como coordinador, pero ello no implica admitir que hayan renunciado a facultad alguna, renuncia que no podría alcanzar a facultades constitucionales indelegables.

2.7.- El conflicto no existía al momento de dictarse el fallo

Tanto Maqueda y Rosatti, en su voto conjunto como Lorenzetti y Rosenkrantz en sus votos individuales, coincidieron en que, dado que las circunstancias del caso pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el pronunciamiento no solo no es inoficioso, sino que debe orientar, desde lo jurídico y no desde lo sanitario, decisiones futuras. Entendieron, además, que no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino.

3.- En vistas a un fortalecimiento del federalismo

El presente fallo dio una señal más del tipo de federalismo que debe prevalecer, un federalismo de consensos, concertación y conciliación. Queda claro que las provincias y el Estado federal deben, a través de mecanismos dialógicos, implementar estrategias orientadas a aunar esfuerzos, frente a situaciones de emergencias en pos del bienestar general, porque esas fueron las ideas de nuestros padres fundadores.

En la realidad sociológica, antes del nacimiento de nuestro Estado constitucional, se ha dado un déficit de federalismo, que estuvo marcado por cruentos enfrentamientos, que en parte fueron saldados por la Constitución de 1853 y la incorporación de Buenos Aires en 1860. A partir de 1853, a pesar de que la Constitución Nacional establecía un reparto competencial entre las provincias y el Estado federal, existió por parte de este último un avasallamiento de las autonomías provinciales, avalado por la Corte Suprema, con una interpretación beneplácita de la cláusula del art 75 inc.13 y 32. Sin obviar los períodos en los que las provincias estuvieron intervenidas, gobernadas más tiempo por autoridades del gobierno federal que por autoridades electas por su población.

En la praxis constitucional, las provincias fueron dependientes del gobierno nacional, toda vez que, en ciertos supuestos, el estado federal, explotaba a través de sus empresas recursos provinciales. Lo mismo ocurrió en materia de ingresos fiscales, que han sido legislados y recaudados por el gobierno feral, frente a la ausencia de una ley de coparticipación de impuestos que establezca las bases equitativas de distribución de los recursos.

Sin embargo, no se debe desconocer las buenas intenciones que tuvo el constituyente reformador de 1994 que fortaleció el sistema federal a través de la incorporación de dos sujetos a la relación federal: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios (art. 129 y 123). Se le reconoció a las provincias, la facultad de constituir regiones, para el desarrollo económico y social y el dominio originario de sus recursos naturales (art.124). También, se reconoció al Senado como Cámara de origen para las leyes de coparticipación impositiva (art. 75 inc. 2), y que el Congreso sea el órgano para declarar la intervención federal (art 75. Inc. 31), aunque no se prohibió que el presidente lo haga por DNU.

Otro avance que se da en torno al federalismo, es el reconocimiento a partir de la década del 80 del siglo pasado, de algunos institutos de emergencia constitucional, como la delegación legislativa, y los Decretos de Necesidad y Urgencia. En el marco del constitucionalismo provincial, nueve entes

autonómicos, entre los que se encuentra CABA, han incorporados los DNU, en su Estatuto Organizativo. Razón por la cual el Jefe de gobierno porteño, podía utilizar dichas disposiciones, en caso de agravamiento de la situación epidemiológica sin necesidad que lo haga el Presidente por decreto, como vimos en el caso analizado.

La doctrina jurídica no ha sido unánime, en reconocerles a los poderes ejecutivos provinciales, la atribución de legislar a través de DNU. Por una parte, quienes niegan a tal facultad, consideran que se altera la homogeneidad de las formas institucionales que desea prever el art. 5 de la Constitución Nacional. Los DNU, de acuerdo con esta postura, fragmentan el principio de la división de poderes y el equilibrio de los estados parte, creándose privilegios a favor de algunas provincias en perjuicio de otras. Asimismo, entienden que los institutos de emergencia fueron delegados por las provincias al estado federal, a través de la Constitución (Frías:1988, Pérez Hualde:1995, Midón:2012).

En sentido opuesto, autores como Bianchi (2002:750), refiriéndose a la delegación legislativa en el ámbito del Derecho Público Provincial, y respecto a las provincias que no la regulan, entiende que ante ausencia de norma expresa que admita la delegación y ausencia de norma expresa que la prohíba, debe entenderse que tal vez “implicaría autorizar la delegación”.

Los autores Domingo y Moscariello (2009), refiriéndose a los DNU en la Provincia de Santa Fe, que no los tiene regulado en su texto constitucional, destacan que *“para situaciones de real peligro para la comunidad, catástrofes naturales, en las cuales sea imprescindible actuar inmediatamente, donde el trámite legislativo no sea idóneo y siempre tomando la pauta de la solidaridad recíproca de los miembros de la comunidad, como excepción pueden admitirse este tipo de normativas por parte del gobernador provincial”*.

En la provincia de Buenos Aires, el poder constituyente no otorga la facultad de legislar por DNU, aunque en la praxis constitucional se han dictado, sobre los que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se ha pronunciado en diversos fallos¹¹². Recientemente, el Tribunal bonaerense se expidió sobre la inconstitucionalidad de un DNU que prorrogaba un estado de emergencia¹¹³. El voto de Soria, al que adhiere el resto del Tribunal, considera que en la praxis no abundan los casos que pudiesen justificar la arrogación

¹¹² SCBA, “Coronel, Oscar Adolfo y otros c/ Municipalidad de Navarro s/ Demanda contenciosa administrativa, en DJBA 156:343. “Iberargen S.A. c/ Instituto Provincial de Loterías y Casinos”; “Asociación Judicial Bonaerense”.

¹¹³ SCBA, causa A. 74.552 “Fe, Silvia Fernanda c/ Ministerio de Seguridad s/ Pretensión Anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal”.

de una potestad semejante, *“salvedad hecha tal vez de algún supuesto extraordinario y extremadamente grave, lindante con una suerte de estado de necesidad o de fuerza mayor gubernativos”*, dejando abierta la posibilidad del dictado de estos, siempre que se reúnan los requisitos mencionados.

Desde nuestra investigación, entendemos que lo que las provincias delegaron al gobierno federal son materias no formas institucionales. Por lo tanto, en atención a las competencias¹¹⁴ exclusivas (art. 5, 121, 122, 124, 129) y a las concurrentes (art. 125 de la CN, en concordancia con el art 75 inc. 18, art 41 y art 75 inc. 17 de la CN), los gobernadores y el jefe de gobierno de CABA tienen facultades para dictar disposiciones legislativas, por un límite temporal y sujeto al control de las legislaturas, siempre que se acredite como bien señala Soria en el fallo citado, *“algún supuesto extraordinario y extremadamente grave, lindante con una suerte de estado de necesidad o de fuerza mayor gubernativos”*.

4.- Algunas conclusiones

En este contexto de emergencia sanitaria, es posible extraer algunas conclusiones. Por un lado, respecto al análisis del fallo comentado. Por otro lado, respecto a que, en situaciones como las presentes, es posible pensar que las provincias y CABA, en ejercicio de sus facultades exclusivas y concurrentes, puedan adoptar medidas de necesidad y urgencia, sin interferencia del gobierno federal.

Respecto al fallo, entendemos que es una sentencia orientativa, que sienta un criterio rector para decisiones futuras, debido a que la decisión se toma cuando la norma atacada, esto es el DNU 241/2020, no tenía vigencia temporal. La Corte no se expide sobre la constitucionalidad del DNU, pero su decisión constituye una defensa de la república y del federalismo. Del voto de Rosenkrantz se desprende que la emergencia no nos libera del poder regulativo del derecho, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro de los límites formales y sustanciales que les impone la Constitución. Es decir que el Estado de Derecho, debe mantenerse aún en circunstancias de excepcionalidad.

La defensa del federalismo viene de la mano de los tres votos, aunque Maqueda y Rosatti, fieles a su rol de constituyentes reformadores de 1994, pregonaron la autonomía de CABA, que no es idéntica a la de una provincia.

¹¹⁴ Las competencias delegadas por las provincias al gobierno federal, es en cuanto a materias no así a formas institucionales.

La idea de ciudad federada, tantas veces defendida en la doctrina por Rosatti, quedó plasmada en este fallo. Ciudad que no es idéntica a una provincia, no sólo porque allí residen las autoridades del gobierno federal, sino porque aun después de la reforma, no se la coloca en igualdad de condiciones a las provincias, por ejemplo, en el art. 117 o en el 75 inc. 2 de la CN.

Finalmente, entendemos que en un federalismo de cooperación y de concertación, ante una controversia de competencias, la misma debe dirimirse sobre los principios de lealtad y buena fe federal, en el marco del diálogo político y no ante el Poder Judicial, aunque sea el órgano constitucional atribuido de competencia para ello. La Corte no debe decirles a los poderes constituidos lo que la Constitución les ha encomendado.

Bibliografía

Bidart Campos, G. (1998), *Manual de la Constitución Reformada* Buenos Aires: Ediar.

Bianchi, A. B. (2002). “Dimensión actual de la delegación legislativa”. En Revista de *Derecho Administrativo*, Tomo 42, P.723

Cayuso, S. (2007). *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, Buenos Aires: La Ley

Domingo, H, Moscariello A. (2009). “Potestad reglamentaria provincial, municipal y comunal en Santa Fe”, en La Ley Litoral.

Midón, M. (2012). *Decretos de Necesidad y Urgencia: En la Constitución Nacional y en los ordenamientos Provinciales*, 2º edición, Buenos Aires: Hamurabi.

Pérez Hualde, A. (1995), *Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires: Depalma.

Jurisprudencia

CSJN, “Plaza de Toros”, Fallos: 7:150.

CSJN, “Saladeristas de Barracas”, Fallos: 31:2734.

CSJN, “Buenos Aires, Provincia de”, Fallos: 330:4564

CSJN, “La Pampa, c/ Provincia de Mendoza”, Fallos: 340:1695

CSJN, “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe”, Fallos: 342:2136

CSJN, “Corrientes, Provincia”, Fallos: 344:251

CSJN, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba”, en Fallos: 342:533

CSJN, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” en Fallos 344:809.

SCBA, “Coronel, Oscar Adolfo y otros c/ Municipalidad de Navarro s/ Demanda contenciosa administrativa, en DJBA 156:343.

SCBA, “Iberargen S.A. c/ Instituto Provincial de Loterías y Casinos”, en LP B 64708 I 21/09/2005.

SCBA, “Asociación Judicial Bonaerense”, en LP A 71529 S 03/05/2018.

SCBA, “Fe, Silvia Fernanda c/ Ministerio de Seguridad s/ Pretensión Anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal”, en LP A. 74552 (Fe).

Política pública y empoderamiento económico de las mujeres: un análisis de derechos humanos para Colombia y Argentina



Ruth Astrid Mora Cuervo

(UNLP)

Resumen

La asignación cultural e histórica de roles, responsabilidades y conductas según el género no ha sido neutral o paritario. Por el contrario, ha traído desigualdades históricas a nivel económico, político y físico, especialmente hacia las mujeres. A pesar de que existen avances innegables en la disminución de estas brechas, especialmente a partir del reconocimiento de los derechos humanos y los avances de la Agenda Regional de Género, aún existen desigualdades que están lejos de superarse. Precisamente, corrientes como la Economía Feminista han promovido el reconocimiento del papel económico que juegan las mujeres, la desigualdad que se deriva del desconocimiento de dicho rol y las consecuencias que esto trae a nivel de ingresos para ellas.

De ahí la importancia de profundizar y reflexionar sobre las acciones de política pública de igualdad de género en aspectos económicos frente al avance logrado para la igualdad económica de las mujeres. Para ello se toma como estudios de caso a Argentina y Colombia, quienes no escapan de esta tendencia, y, como se verá en este trabajo, a pesar de tener avances legislativos y políticos en favor de la igualdad de género, aún tienen brechas que no se han superado en el ámbito del empoderamiento económico de las mujeres. Análisis como el planteado contribuyen a la visibilización de los retos que aún se tienen en materia de política pública y conducen a la transformación de acciones que realmente favorezcan la garantía de los derechos económicos de las mujeres.

Dado este contexto y reconociendo la importancia de la política pública como medio para la efectiva realización y garantía de derechos humanos o

como herramienta que conduce a la discriminación, el objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la política pública de igualdad de género y el empoderamiento económico de las mujeres como parte de los compromisos asumidos para la garantía de los derechos de las mujeres en Colombia y Argentina.

1.- Introducción

La asignación cultural e histórica de roles, responsabilidades y conductas según el género no ha sido neutral o paritario, por el contrario, ha traído desigualdades históricas a nivel económico, político y físico, especialmente hacia las mujeres. A pesar de que existen avances innegables en la disminución de estas brechas, especialmente a partir del reconocimiento de los derechos humanos y los avances de la Agenda Regional de Género, aún existen desigualdades que están aún lejos de superarse. Precisamente, corrientes como la Economía Feminista han promovido el reconocimiento del papel económico que juegan las mujeres, la desigualdad que se deriva del desconocimiento de dicho rol y las consecuencias que esto trae a nivel de ingresos para ellas.

A nivel mundial esta desigualdad de género a nivel económico se evidencia en que existen 122 mujeres con edades comprendidas entre los 25 y los 34 años que viven en la pobreza extrema por cada 100 hombres del mismo grupo etario (ONU Mujeres, 2018). Esta misma cifra en América Latina y el Caribe es de 132 mujeres que viven esa condición por cada 100 hombres. En este sentido, se comprueba que la pobreza afecta de una manera más amplia a las mujeres (ONU Mujeres, 2018).

También se observa que en América Latina y el Caribe, las mujeres de los grupos de ingreso más bajo destinan más tiempo al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado que las mujeres del segmento de mayor ingreso. Mientras tanto, los hombres dedican uniformemente menos tiempo a este tipo de trabajo, con independencia del nivel de ingreso (ONU Mujeres, 2018). Estas cifras evidencian que la autonomía económica de las mujeres en la región latinoamericana aún tiene retos por superar.

De ahí la importancia de profundizar y reflexionar sobre las acciones de política pública de igualdad de género en aspectos económicos frente al avance logrado para la igualdad económica de las mujeres en estos países. Para ello se toma como estudios de caso a Argentina y Colombia, quienes no escapan de esta tendencia, y, como se verá en este trabajo, a pesar de tener avances legislativos y políticos en favor de la igualdad de género, aún tienen brechas que no se han superado en el ámbito del empoderamiento económico de

las mujeres. Análisis como el planteado contribuyen a la visibilización de los retos que aún se tienen en materia de política pública y conducen a la transformación de acciones que realmente favorezcan la garantía de los derechos económicos de las mujeres.

Dado este contexto y reconociendo la importancia de la política pública como medio para la efectiva realización y garantía de derechos humanos o como herramienta que conduce a la discriminación (Canto Chac, 2010; Pérez et al., 2007), el objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la política pública de igualdad de género y el empoderamiento económico de las mujeres como parte de los compromisos asumidos para la garantía de los derechos de las mujeres en Colombia y Argentina. Esto se realiza bajo una metodología de análisis documental y análisis de cifras estadísticas disponibles en fuentes nacionales y multilaterales.

Bajo este fin, este trabajo se divide en varias secciones. La primera se enfoca en delimitar conceptualmente la política pública, la desigualdad, el empoderamiento económico, derechos humanos de las mujeres. La segunda, expone los compromisos asumidos en las políticas de igualdad de género en Colombia y Argentina, respecto al empoderamiento económico. La tercera, analiza y contrasta los planteamientos de política de ambos países y sus avances en el empoderamiento económico de las mujeres.

Este trabajo se presenta dentro del programa “Política económica y derechos humanos” dentro de la Maestría en Derechos Humanos y busca dar cumplimiento al objetivo de dicho programa respecto a tener un punto de vista crítico en perspectiva de derechos humanos sobre los contenidos y efectos de las diferentes políticas económicas, con un abordaje histórico y actual, nacional e internacional. En este caso, el trabajo realiza un análisis crítico sobre los contenidos y efectos de las políticas de igualdad de género de Argentina y Colombia, en sus componentes económicos, desde una perspectiva de derechos humanos y abordando algunos aspectos históricos y actuales, nacionales e internacionales.

2.- Algunos fundamentos de política, derechos humanos y empoderamiento económico de las mujeres

Las “Políticas Públicas”¹¹⁵ han tenido diversas acepciones, dependiendo en muchos casos de la postura política y económica que adopte el autor con-

¹¹⁵ Como el concepto se acuñó originalmente en lengua inglesa ‘Public Policy’, usualmente se ha traducido en plural para diferenciarlo del concepto de ‘política’ como relaciones de poder, aunque no se trata de una regla que se aplique en estricto sentido.

sultado. Dentro de la mirada que se le ha dado frente a su realización como instrumento real y efectivo de la materialización de los derechos humanos, la política pública se define como:

“el conjunto de acciones planeadas, ejecutadas y evaluadas por actores públicos y privados que, a partir de la lectura, la sistematización y el análisis de las demandas sociales, estructuran conceptual, operativa y financieramente un conjunto de planes, programas y proyectos que tienen por finalidad mitigar, y en ocasiones erradicar, los problemas a los que la sociedad les confiere el estatus de problema de interés general” (Bucci, 2001: 77).

Ciertamente la necesidad del estudio de las políticas públicas se va manifestando, en los términos de Bucci, *“en la medida en que se buscan formas de concretización de los derechos humanos, en particular de los derechos sociales”* (2001: 77). En tal sentido, Pérez (2007) ha argumentado la política pública con enfoque de derechos humanos en los siguientes términos:

“es aquella que se diseña con fundamento en los contenidos de los derechos y que dispone de planes, programas, proyectos y recursos para implementar acciones concretas para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado en la materia” (Pérez, 2007:76).

Por su parte Abramovich (2006) reconoce que existen algunas visiones que deben superarse en las que se desconoce que las diferencias culturales, sociales, de género, raza, etnia y económicas privan a ciertos sectores de acceso a sus derechos fundamentales. Esto también se observa en Hunt et al (2004), quienes aseveran que la pobreza puede reforzarse por prácticas socio-culturales de discriminación de género y marcos político-jurídicos que permiten dichas discriminaciones. En este sentido, puede existir discriminación de género cuando las políticas públicas se afilian a una determinada orientación política, ésta no es efectiva o cuando en su formulación misma abre caminos para las conductas discriminatorias (Canto Chac, 2010), por ejemplo, si no existe un enfoque de derechos.

Por otro lado, el género es una categoría socialmente construida (Butler, 2002) que se traduce en diferentes tareas, roles y responsabilidades asignadas por la sociedad según el sexo, los modelos sobre la condición de ser hom-

bres o mujeres y la valoración de lo masculino y lo femenino (Bustelo, 2004). Partiendo de lo que significa ser hombre o mujer en su construcción social, lo cual tiene un significado diferente a través de la historia y las culturas, en gran parte de las sociedades se presentan diferencias de género que evidencian situaciones de desigualdad, subordinación y dominación entre hombres y mujeres.

Estas relaciones de género pueden definirse como *“procesos complejos e inestables (o totalidades temporales en el lenguaje de la dialéctica) construidos por y a través de las partes relacionadas”* (Flax, citado por Rodríguez, 2006). Lo expuesto se reduce en que la construcción social del género difiere entre las sociedades, pero tiene en común la construcción de relaciones diferenciadas y de poder entre hombres y mujeres que ocasionan desigualdad entre ellos; desigualdades que históricamente han sido en contra de las mujeres.

De aquí surge la necesidad de autonomía, la que, junto con el empoderamiento de las mujeres se constituyen como requisitos indispensables para el logro de la igualdad de género (Pautassi, 2007). Es decir, ambos aspectos son condiciones necesarias para la igualdad. El empoderamiento se vincula a la toma de conciencia en cuanto a la necesidad de cambiar y oponerse a las relaciones de poder entre los géneros (Benavente y Valdés, 2014); también se define como *“los procesos por los cuales las mujeres y los hombres ejercen control y se hacen cargo de su propia vida mediante una ampliación de sus opciones”* (UNESCO, 2014: 106). En este sentido, el empoderamiento es un proceso de toma de acción y ampliación de opciones para ejecutar un cambio, que en el contexto de género, puede vincularse al grado de libertad de una mujer para actuar de acuerdo con su elección y no con la de otros (Benavente y Valdés, 2014).

Dicho grado de libertad, en el ámbito económico, se concibe como la capacidad de las mujeres para generar ingresos y recursos propios a partir del acceso al trabajo remunerado en igualdad de condiciones que los hombres y en consideración del uso del tiempo y contribución de las mujeres a la economía (Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, 2019). Lograr el empoderamiento económico de las mujeres es la forma como se ha establecido en las convenciones de derechos humanos para lograr la igualdad de género en materia económica.

Uno de los aspectos centrales de las discusiones de la desigualdad económica hacia las mujeres es la invisibilización de su labor de cuidado y su contribución a la economía. Precisamente, desde la Economía Feminista se han analizado las diferentes dimensiones que alcanza el trabajo de cuidados, sus interrelaciones entre con lo público y privado, lo formal e informal, o re-

munerado y no remunerado, entre otras (D'Alessandro, 2016). La Economía Feminista analiza los cuidados en las sociedades capitalistas modernas para abordar los impactos que estos tienen en la autonomía económica de las mujeres y establecer bases para su transformación.

En materia de derechos humanos, desde la Declaración Universal de 1948 se ha dado reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres. No obstante, ante la persistencia de desigualdades de género hacia las mujeres, se han venido estableciendo diferentes convenciones y declaraciones específicas para garantizar sus derechos: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979, IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995 con sus evaluaciones quinquenales en Beijing+5, Beijing+10 Beijing+15 Beijing+20 y su inclusión en los Objetivos del Milenio. En estas últimas conferencias se ha buscado el acceso a empleo y condiciones de trabajo apropiadas, acceso a recursos, capacitación en mercados, información y tecnología, reforzar la capacidad económica y redes comerciales de mujeres, eliminar la segregación y discriminación laboral y la armonización de las responsabilidades de mujeres y varones respecto al trabajo y la familia.

Partiendo de estos instrumentos globales, en la Agenda Regional de Género se ha venido articulando y sumando lenguajes, enfoques y problemáticas en cada una de las Conferencias Regionales sobre la Mujer de América Latina y el Caribe que se han desarrollado desde los años 90. Los más relevantes consensos han sido Brasilia (2010) y Santo Domingo (2013) en donde se establecen medidas para lograr la igualdad de género y empoderamiento de las mujeres en el área económica, la participación política y la toma de decisiones (Naciones Unidas - CEPAL, 2013). Luego la Estrategia de Montevideo (2016) refuerza unas estrategias transversales para lograr todos estos requerimientos de derechos humanos, que, en el tema de autonomía económica, agrega la atención a las políticas fiscales, macroeconómicas y de inversión pública, transmisión intergeneracional de pobreza y la educación en tecnologías e innovación (CEPAL, 2017). También en esta Estrategia se concuerda que para alcanzar la igualdad de género se necesita superar nudos estructurales constitutivos de las relaciones desiguales de poder en América Latina y el Caribe; dos de ellos relacionados con el ámbito económico: por un lado, la división sexual del trabajo y, por otro lado, la injusta organización social la desigualdad socioeconómica y la persistencia de la pobreza (CEPAL, 2017).

Específicamente en la Estrategia de Montevideo se insta a los gobiernos a garantizar derechos económicos en materia de ingresos, empleo e inser-

ción productiva, control de los recursos, derecho a la tierra, división sexual del trabajo, protección y seguridad social, trabajo no remunerado, educación, ciencia y tecnologías de las comunicaciones, transformación de pautas culturales, trabajo doméstico remunerado, ruralidad, uso y distribución del tiempo, políticas fiscales y macroeconómicas, tecnologías e innovación, territorio y modelos productivos.

En la última reunión de esta Conferencia regional se aprobó el Compromiso de Santiago (2019) el cual revisa los avances en la aplicación de la Estrategia de Montevideo para la Implementación de la Agenda Regional de Género en el Marco del Desarrollo Sostenible hacia 2030, reconoce el impacto de los escenarios económicos cambiantes en la autonomía de las mujeres y toma las medidas necesarias para acelerar los esfuerzos para cumplir la Agenda Regional de Género. En este Compromiso de Santiago (2019) se acogen mayores medidas que impulsan el empoderamiento económico de las mujeres, ajustado a los entornos cambiantes.

Principalmente, en este último Compromiso de Santiago (2019) se enfatiza la toma de medidas para lograr la igualdad de género mediante reducción de brechas salariales, protección y reconocimiento al trabajo doméstico, propiciar la educación científica y tecnológica de las mujeres, fomentar la participación laboral en áreas de ciencia, ingeniería y matemáticas, alianzas para generación de nuevos empleos en sectores emergentes de la economía, impulsar servicios financieros para las mujeres, acompañamiento técnico y fortalecimiento de emprendimientos, educación financiera, políticas contra cíclicas para mitigar desigualdades de género, contabilización de los efectos multiplicadores e impulso de la economía del cuidado, coordinación regional en materia laboral y tributaria, promoción del comercio y el crecimiento y creación de redes de intercambio sobre lecciones aprendidas en el abordaje de brechas de género en el sector privado (CEPAL, 2019, 2020).

3.- El empoderamiento económico en las políticas de igualdad de género en Colombia y Argentina

En Argentina desde el año 2000 han venido formulando Planes de Igualdad de Oportunidades y Trato entre Mujeres y Varones a nivel municipal y provincial. No obstante, hasta el año 2017, a nivel internacional, a Argentina no se le reconocía instrumento de planificación estratégica alguno para la promoción de la equidad de género a nivel nacional (Naciones Unidas, 2017). En el año 2018, se involucró a todas las áreas de la Administración Pública

Nacional (APN), los Consejos Federales de las Mujeres de las provincias y ONU Mujeres para la formulación de un único plan con aplicación nacional: *Plan de igualdad de oportunidades y derechos* (PIOD) para los años 2018 – 2020. Este fue un ejercicio de diálogo y elaboración conjunta que buscó “*generar, sistematizar y promover iniciativas existentes, generar nuevas políticas públicas y, principalmente, garantizar la introducción efectiva de la perspectiva de género en el Estado*” (Presidencia de Argentina, 2017: 8).

En el PIOD de Argentina se establecen acciones y mecanismos de empoderamiento económico respecto a: equilibrio entre la vida productiva y reproductiva, eliminación de restricciones de desempeño de las mujeres en diferentes industrias, eliminación de brechas salariales, sistemas de diagnóstico, planificación y certificación de eliminación de prácticas discriminatorias en las empresas, inclusión financiera de pymes conformadas por mujeres, igualdad en la formación y acceso al empleo, eliminación de restricciones al teletrabajo de mujeres, flexibilidad laboral y salarial a padres y madres con niños de hasta 4 años a cargo, inclusión digital de mujeres rurales e incorporación de la perspectiva de género en las compras de la Administración Pública Nacional.

En Colombia, el gobierno nacional construyó participativamente con organizaciones nacionales de mujeres y el acompañamiento de la comunidad internacional los *Lineamientos de la política pública nacional de equidad de género para las mujeres y del Plan integral para garantizar una vida libre de violencias* como un referente para diseñar y poner en marcha acciones sostenibles que permitan superar las brechas y lograr la transformación cultural necesarios para el goce efectivo de los derechos de las mujeres.

Con estos lineamientos base, se construyó el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) social 161 de 2013 en el que se presenta la *Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres* (PPNEG), teniendo en cuenta las particularidades que afectan a los grupos de población urbana y rural, afrocolombiana, indígena y campesina; precisa el plan de acción indicativo para el período 2013-2016 y crea una comisión intersectorial como instancia máxima rectora de esta política.

Respecto al empoderamiento económico, la PPNEG de Colombia plantea ampliar y cualificar la participación de las mujeres en el mercado laboral con igualdad de oportunidades, incorporando el enfoque de género; conciliar de la vida laboral y familiar; establecer mecanismos de acceso a servicios, recursos financieros y la propiedad de activos, por parte de las mujeres; y proveer acceso a oportunidades para las mujeres rurales a factores productivos,

tierra, vivienda, financiación de la producción, asistencia técnica y capacitación.

Un análisis detallado de las acciones específicas establecidas en cada una de estas políticas de igualdad/equidad de género en Colombia y Argentina ha permitido encontrar cómo se ha dado garantía a los derechos económicos de las mujeres frente a los aspectos mínimos identificados en la Agenda Regional de Género. A continuación, se enumeran dichos aspectos y lo encontrado en la lectura de dichas políticas:

Reconocimiento del valor del trabajo doméstico y medición del trabajo no remunerado de las mujeres: el PIOD de Argentina plantea acciones que tienen un fin relacionado y es la corresponsabilidad de las tareas domésticas y de cuidados entre hombres y mujeres, el reconocimiento del trabajo no remunerado de las mujeres en el ámbito familiar y el establecimiento de un mecanismo de medición del trabajo no remunerado y uso del tiempo. En Colombia la PPNEG no establece acciones respecto al reconocimiento del valor del trabajo doméstico, pero plantea la elaboración de la cuenta satélite de trabajo no remunerado en el marco de la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo.

Reconocimiento del cuidado como una responsabilidad compartida y liberación de tiempo para las mujeres: En ambas políticas se identifica la prioridad de fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, la formación de cuidadores y el establecimiento de espacios de lactancia. No obstante, se identifica que el PIOD de Argentina tiene acciones más involucradas con el ajuste de jornada laboral para todas las mujeres y hombres como forma de equilibrar la responsabilidad del cuidado, mientras que la PPNEG de Colombia centra su atención en las madres comunitarias, que es un grupo pequeño, y no establece acciones de modificación de jornadas laborales.

Consolidación de sistemas de protección y seguridad social de las mujeres: el PIOD de Argentina promueve la protección de las mujeres, igual que los varones, de tareas penosas, peligrosas o insalubres, mientras que la PPNEG de Colombia habla del acceso a la seguridad social, bienes y servicios para las mujeres dentro del alcance del componen-

te de autonomía económica, pero no establece acciones concretas al respecto. Ambas políticas son débiles en el establecimiento de acciones respecto a este contenido de derechos de las mujeres, que podría estar explicada por la universalidad de estos sistemas para todos en ambos países.

Acceso a tierra y otros recursos productivos: la política de Argentina enfatiza el acceso a capital, a clientes en el sector público y la escrituración a nombre de mujeres, mientras que la política de Colombia se enfoca en el acceso a activos productivos, vivienda y tierras.

Educación empresarial e incubación de empresas: el PIOD de Argentina apoya las empresas de mujeres mediante capacitaciones y priorización dentro de proyectos de turismo, mientras que la PPNEG de Colombia posee algunas acciones explícitas un poco más amplias de capacitaciones, ruedas de negocios, redes empresariales, fortalecimiento de TIC y apoyo a proyectos productivos.

Reducción de la pobreza en las mujeres, apoyo técnico y formación para el trabajo: en el PIOD de Argentina existe un énfasis en la igualdad laboral como forma para erradicar la pobreza, además de la formación profesional en áreas de comunicaciones. Mientras tanto, la PPNEG de Colombia se enfocan acciones contra la pobreza relacionadas con proyectos productivos en el sector rural y las oportunidades de formación a nivel superior para las mujeres. Esto último se debe a que la mayoría de la pobreza en Colombia se ubica en el sector rural, donde no existe empleo formal, sino campesinos que de manera independiente y minifundista tiene cultivos de autoconsumo o para la venta en los pueblos cercanos.

Impulso al trabajo decente, formal, igualdad salarial y reducción de la discriminación laboral: ambas políticas establecen herramientas para premiar o certificar las empresas que eliminen la discriminación y buscan que haya más participación de las mujeres en el ámbito laboral. No obstante, es el PIOD de Argentina el que de manera más explícita se impone metas respecto a la mayor participación de las

mujeres en puestos de decisión y la reducción de la brecha salarial.

Reconocimiento y fortalecimiento de la contribución de mujeres en condición vulnerable: la política colombiana no incluye de manera explícita en sus acciones a la población de mujeres privadas de la libertad o pertenecientes a grupos minoritarios discriminados por razones de género, mientras que la política argentina sí lo hace. Aunque la PPNEG menciona de manera general acciones de formación a la población vulnerable, ninguna de las políticas de manera clara menciona a mujeres con discapacidad y ninguna de ellas plantea acciones de reconocimiento de la contribución económica que hacen las mujeres en condición vulnerable.

Facilitación del crédito y formas de asociación auto gestionadas: ambas políticas establecen herramientas de acceso al crédito para mujeres, pero es la PPNEG de Colombia la que enfatiza en una de sus acciones los proyectos asociativos como una forma de acceder a instrumentos crediticios.

Reconocimiento y protección de las mujeres en el teletrabajo: solo el PIOD de Argentina establece una acción destinada a eliminar restricciones que tienen las mujeres para la realización de trabajos a distancia. En esta acción concreta no se enuncia la protección de las mujeres en este ámbito de trabajo. En la política colombiana no se observa acción alguna respecto al teletrabajo.

Se puede observar en este análisis que las políticas públicas de igualdad/equidad de género de Colombia y Argentina cumplen con la mayoría de compromisos en materia de derechos económicos de la mujer establecidos en el ámbito internacional y la Agenda Regional de Género. Ambas políticas de igualdad/equidad de género son el resultado de esfuerzos políticos que les antecedieron y que han venido trabajando en búsqueda de la igualdad para las mujeres. Por ello, y pese a que dichas políticas son de formulación reciente, pueden contrastarse sus acciones con las cifras económicas de género.

4.- Análisis y contrastes de la política pública y empoderamiento económico de las mujeres

Los problemas de desigualdad económica de las mujeres se hallan en aspectos como la paridad salarial en los empleos y las posibilidades que existen de acceder o no a ocupaciones remuneradas vs el tiempo dedicado a labores no remuneradas y trabajo doméstico. Uno de los aspectos centrales de estas discusiones es la asignación de roles, responsabilidades y tiempo dedicado a labores no remuneradas, generalmente relacionadas con el cuidado, pues de ellas depende que las mujeres tengan posibilidades de acceso a empleo e ingresos.

Corina Rodríguez, referente de la Economía Feminista citada por D'Alessandro (2016), establece el *diamante del cuidado* como un esquema conceptual en el que relaciona los actores en los que se distribuyen las tareas domésticas: hogares, Estado, mercado y organizaciones comunitarias. De acuerdo a D'Alessandro (2016) en los hogares las tareas se distribuyen entre los miembros de la familia, el mercado provee de soluciones como niñeras o geriátricos, el Estado tiene la posibilidad de establecer licencias familiares u ofrecer jardines maternos públicos y las organizaciones comunitarias pueden contribuir con comedores o espacios para practicar deporte. En este esquema, las responsabilidades del cuidado están a cargo de los hogares, las otras puntas del diamante colaboran y facilitan el equilibrio entre trabajar en casa y trabajar en el mercado.

De acuerdo a ello, las políticas de igualdad de género que busquen equilibrar las cargas entre ingresos y tiempo dedicado a actividades no remuneradas deben contemplar la modificación de licencias familiares, la oferta de servicios gratuitos de cuidado, la búsqueda de la igualdad salarial y acceso a recursos e ingresos para las mujeres. En Argentina y Colombia se evidencian metas y acciones en estos ámbitos. Sin embargo, no han sido suficientes para reducir las brechas de ingresos y tiempo dedicado a actividades no remuneradas.

Por un lado, percibir ingresos propios otorga poder de decisión sobre las retribuciones económicas para cubrir necesidades propias y de otros miembros del hogar y permite a las mujeres acceder a servicios del mercado para contratar estas actividades de cuidado. En este sentido, el indicador de percepción de ingresos propios es fundamental para caracterizar la falta de autonomía económica de las mujeres; un indicador que para Argentina y Colombia evidencia una desigualdad en donde entre el 20% y 30% de las mujeres depende de otros para subsistir, lo que las hace vulnerables económicamente

y dependientes de los hombres como perceptores de ingresos. La existencia de estas cifras demuestra que las políticas de igualdad de género de estos dos países no han logrado subsanar este componente clave de la autonomía económica de las mujeres.

Por su parte, la mayor brecha que existe en el tiempo dedicado de las mujeres a labores no remuneradas, tengan o no ingresos, demuestra la necesidad de que las políticas públicas, además de buscar el acceso de las mujeres a ingresos propios, deben acompañarse de enfoques de corresponsabilidad entre hombres y mujeres dentro del hogar, que muchas veces obedece a la discriminación y los tradicionales estereotipos de género en la asignación de labores. Aunque ambas políticas tienen acciones que buscan la transformación cultural y el reconocimiento del cuidado como una responsabilidad compartida y liberación de tiempo para las mujeres, la PPNEG de Colombia centra sus acciones en la oferta social en hogares comunitarios, mientras que el PIOD de Argentina se enfoca en modificaciones de la jornada laboral y licencias. A pesar de estas acciones, la igualdad de género en ingresos y en el tiempo de dedicado a trabajos no remunerados no se ha alcanzado.

Los resultados de la incidencia de pobreza evidencian que las políticas y esfuerzos que han realizado ambos países no han beneficiado de manera igualitaria a hombres y mujeres, pues finalmente los hogares pobres se concentran en una mayor proporción en mujeres. Esta es una evidencia de la falta de autonomía económica de las mujeres, quienes ante la ausencia de otros ingresos del hogar son más propensas a estar en situación de pobreza, la cual se agudiza si en los hogares hay presencia de niños y niñas.

Colombia y Argentina han tenido avances que crean un entorno más propicio para el logro de la igualdad, como una mayor medición de la cuantía, tiempo dedicado y el impacto de la economía del cuidado, la creación de entidades dedicadas al tema de la mujer al más alto nivel del poder ejecutivo que ha permitido desarrollar un trabajo intersectorial y de articulación entre actores, tanto del sector público como de la sociedad civil; además de la labor de incorporar, en forma transversal, la perspectiva de género en los órganos de planificación, los presupuestos y las actividades de control.

Ambos países comparten la idea que la suscripción de los tratados internacionales refuerza la acción de los mecanismos de género en el Estado y amplía las posibilidades de coordinar políticas con otros actores y de atender los reclamos de los movimientos de mujeres, sobre todo en contextos nacionales poco proclives a institucionalizar valores y demandas relativos a la equidad de género

Es innegable que las acciones de política pública, paralelo a las transformaciones culturales de la sociedad, han logrado avanzar en la igualdad de género en el ámbito económico, pero no ha sido suficiente. Las acciones planteadas no han logrado desatar nudos estructurales relacionados con los patrones culturales patriarcales discriminatorios, el predominio de la cultura del privilegio, la división sexual del trabajo y la injusta organización social del cuidado.

5.- Conclusiones

Existe un recorrido jurídico internacional amplio y acumulativo en el que los derechos de las mujeres han ido ganando terreno y los enfoques, las acciones y las estrategias para lograr la igualdad de género en estas convenciones y acuerdos se han vuelto más efectivos.

En definitiva, la política pública es una herramienta que permite garantizar los derechos humanos de las mujeres, sobre todo si involucra acciones positivas en las que se requiere un trato diferenciado cuando por razones biológicas y sociales relacionadas con el género, se amerita una distinción. Esto con el fin de garantizar los derechos de una manera universal y lograr la igualdad formal y sustantiva.

En Argentina y Colombia las políticas públicas de igualdad/equidad de género cumplen con la mayoría de contenidos mínimos de derechos humanos en cuanto la autonomía económica de las mujeres, no obstante, las cifras de cada país demuestran que la paridad política y la igualdad en los asuntos económicos aún no se han alcanzado. La política pública debe estar acompañada de una implementación eficiente de dichas acciones y transformaciones culturales que no dependen exclusivamente de ella, sino de las dinámicas sociales de cada país.

Las acciones de estas políticas difieren entre ellas por las necesidades sociodemográficas de cada país, por ejemplo, Argentina tiene una mayor concentración de población en el sector urbano, por lo tanto, sus acciones se centran en el empleo y en reducir desigualdades entre las mujeres pertenecientes a centros penitenciarios o LGBTI+. Mientras tanto en Colombia, que tiene una mayor proporción de población rural, se enfoca en el apoyo a proyectos productivos y se habla con una mayor fuerza de políticas diferenciadas para mujeres del campo y poblaciones vulnerables como indígenas y afrodescendientes.

A futuro, ambos países deben considerar la evaluación normativa de sus políticas, especialmente para incorporar los marcos de acción de la Estrategia de Montevideo (2016), para complementar la búsqueda de la autonomía de las mujeres mediante la remoción de los obstáculos y nudos estructurales que impiden la igualdad de género y el Compromiso de Santiago (2019), para adoptar las medidas para acelerar las metas de la Agenda Regional de Género para el desarrollo sostenible 2030, especialmente en la autonomía económica de las mujeres dentro de entornos cambiantes.

Bibliografía

Abramovich, V. (2006), “The rights-based approach in development. Policies and strategies” en *Revista Review*, 88, 35-50.

Benavente, M. C., y Valdés, A. (2014), *Políticas públicas para la igualdad de género: Un aporte a la autonomía de las mujeres*, Naciones Unidas, CEPAL [u.a.].

Bucci, M. P. (2001), *Derechos Humanos y políticas Públicas*. Sao Paulo: Cuadernos Polis.

Bustelo, M. (2004), *La evaluación de las políticas de género en España*. Madrid: Los Libros de la Catarata.

Butler, J. (2002), *Cuerpos que importan*. Buenos Aires: Paidós.

Canto Chac, M. (2010), “Políticas públicas y derechos humanos”, en A. Estévez y D. Vázquez (Eds.), *Los derechos humanos en las ciencias sociales: Una perspectiva multidisciplinaria*, FLACSO México: UNAM, CISAN.

CEPAL (2017), *Estrategia de Montevideo para la implementación de la Agenda Regional de Género en el Marco del Desarrollo Sostenible hacia 2030*. Montevideo: Naciones Unidas.

CEPAL (2019), *La autonomía de las mujeres en escenarios económicos cambiantes*, Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

CEPAL (2020), *Compromiso de Santiago*. Santiago: Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe.

CEPALSTAT (2020), *Estadísticas e indicadores de género*. CEPAL, disponible en https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/WEB_CEPALSTAT/estadisticasIndicadores.asp visitado el 9 de agosto de 2021.

D'Alessandro, M. (2016), *Economía feminista: Cómo construir una sociedad igualitaria (sin perder el glamour)*, Buenos Aires: Sudamericana.

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

Naciones Unidas - CEPAL. (2013), *Consenso de Santo Domingo*, XII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Santo Domingo: Cepal.

Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. (2019). *Autonomías* [Text], CEPAL, disponible en: <https://oig.cepal.org/es/autonomias>. Visitado el 9 de agosto de 2021.

Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (2020), *Indicadores destacados*, CEPAL, disponible en <https://oig.cepal.org/es/indicadores> visitado el 9 de agosto de 2021.

ONU Mujeres (Ed.) (2018), *Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, México: UN Women.

Pautassi, L. (2007), *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Pérez, L. E. (2007), "Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas" en L. E. Pérez, R. Uprimny, y C. Rodríguez (Eds.), *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, pp. 72-129

Pérez, L. E., Rodríguez, C., y Uprimny, R. (2007), *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Presidencia de Argentina (2017), *Plan de Igualdad de Oportunidades y Derechos*. Buenos Aires. Instituto Nacional de las Mujeres de Argentina.

Rodríguez, I. (2006), "Sobre el término género", en M. Carballo de la Riva, M. (Ed.), *Género y desarrollo: El camino hacia la equidad*, Catarata, pp.31-54

UNESCO (2014), *Indicadores UNESCO de cultura para el desarrollo. Manual metodológico*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, disponible en https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf, visitado el 11 de agosto de 2022.

**Sobre la necesidad de establecer líneas de base para prevenir,
cuantificar y/o recomponer el daño ambiental: el caso de la cuenca
del arroyo Azul**



Noseda, Paula

C. Francesca I Ciuffardi

(UNICEN)

Resumen

El objeto de este trabajo es demostrar que la falta de definición de líneas de base a partir de la información disponible respecto de un determinado bien ambiental, impide aplicar la herramienta jurídica de la responsabilidad ambiental, sea para prevenir o para recomponer el daño ambiental y/o para planificar adecuadamente su uso.

En particular, a partir del concepto de cuenca, se revisa qué se está haciendo a nivel de la subcuenca del arroyo Azul, tomando la experiencia de la actividad de monitoreo y formación de bases de datos de la Cuenca Matanza Riachuelo que surge con la intervención judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El caso Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (sentencias del año 2006 y 2008), permite observar la importancia de tener estudios y monitoreo de las distintas variables ambientales de la cuenca para poder determinar si ha existido y en qué medida daño al ambiente y, en su caso, si hay avances en el cumplimiento de la obligación de recomponer.

Nos pareció útil promover la determinación de las citadas líneas de base respecto de las cuencas en general, pero de la subcuenca del Arroyo Azul en

particular, ya que facilitaría el seguimiento del estado de ese espacio natural en íntima relación con múltiples actividades que desarrolla nuestra comunidad.

Todo ello para demostrar que contar con información actualizada accesible sobre las líneas de base de las cuencas, permitiría a las autoridades de aplicación de la normativa vigente (sean estas provinciales y/o municipales):

- 1) tener más control sobre las actividades que se pueden desarrollar en este espacio geográfico y, en consecuencia, regular más adecuadamente sus usos;
- 2) conocer la capacidad de autodepuración del cuerpo de agua en particular;
- 3) prevenir el daño; y 4) determinar dicho daño en caso de ocurrencia y/o poder proceder a su recomposición.

Ello contribuirá a cumplir con los parámetros del art. 6 (generación y divulgación de información ambiental) del Acuerdo de Escazú, ratificado por Argentina (Ley N° 27.566), vigente desde el 22 de abril de 2021.

1.- Introducción: la importancia del agua en el ambiente y su protección jurídica

“El agua es un elemento básico del desarrollo sostenible pues está estrechamente vinculada a diversos desafíos mundiales fundamentales”, así lo declaró la Asamblea General de la ONU¹¹⁶, reafirmado el reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento, que hiciera el 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292¹¹⁷. La destacada relevancia de la integridad del agua incide directamente en el propio equilibrio del ambiente, por la indivisible relación con los restantes recursos naturales que lo componen, a partir de los cuales se desarrollan todas las actividades humanas sobre el planeta.

En este sentido, la Asamblea General de la ONU, en el año 2015 aprobó los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), como un llamado universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad para el año 2030 (ONU, 2020). En particular, se destacan los siguientes ODS vinculados al agua: el 6° que pretende garantizar su disponibilidad, su gestión sostenible y el saneamiento para todos; el 8° que promueve el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el

¹¹⁶ONU, Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012.

¹¹⁷ La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos (ONU, Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010).

empleo y el trabajo decente para todos; el 11° para el logro de ciudades más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles; y el 12° que promueve el consumo y la producción sostenibles. (ONU, ODS, 2020).

En el contexto internacional descripto, Argentina, ya en el año 1994, asumió en su Constitución Nacional el compromiso de prevenir el daño ambiental y recomponer el mismo en caso de corresponder. Si bien no menciona la importancia del agua en particular, todos los principios ambientales a partir del derecho-deber a un ambiente sano apuntan a garantizar ese objetivo integral del que forma parte inescindible el agua como elemento natural.

En este trabajo tomamos el caso del arroyo Azul, cuerpo de agua superficial situado en la cuenca del arroyo Azul, por la cercanía con nuestro centro de estudios, ubicado en el Partido de Azul Provincia de Buenos Aires.

En el caso bajo estudio nos proponemos demostrar que **para aplicar la herramienta jurídica de la responsabilidad ambiental, sea para prevenir o para recomponer el daño ambiental, es imprescindible contar con estudios que determinen las líneas de base o estado inicial en que se encuentra aquel bien ambiental**, es decir el cuerpo de agua que pretendemos proteger. Ello permitiría a las autoridades de aplicación de la normativa vigente, tener más control sobre las actividades que se pueden desarrollar, su capacidad de autodepuración, la prevención del daño, la determinación en caso de que el mismo ocurra, así como la regulación más adecuada de sus usos y su recomposición en caso de corresponder.

En lo que hace a la evolución del Derecho Ambiental, nuestro país destaca por contar con antecedentes normativos de la Provincia de Buenos Aires que tuvieron en vista este compromiso de evitar la contaminación de los cuerpos de agua superficiales y subterráneos. Nos referimos a la ley 5965 del año 1958, la que a través de su Decreto reglamentario 2009/60 fijó parámetros de calidad para el vertido de efluentes (líquidos y gaseosos) a cuerpos receptores (agua y atmósfera). Sin embargo, hoy en día **tales parámetros no bastan para la protección de los mismos. Es necesario el estudio particularizado de cada cuerpo de agua de la Provincia de Buenos Aires, para determinar en qué estado se encuentra.** Ello permitirá establecer el umbral de tolerancia al vertido de efluentes, es decir, ese punto de equilibrio a través del cual el recurso natural tiene la capacidad de auto recomponerse (Rossatti, 2004), ya que rebasado ese punto estaremos frente al llamado daño ambiental. Si podemos estudiar y conocer el estado de nuestros cuerpos de agua provinciales, estaremos en condiciones de afirmar que contamos con líneas de base, las cuales facilitarán las tareas de prevención, regulación del

uso del agua, de Evaluación de Impacto Ambiental¹¹⁸ (EIA), así como en una instancia ulterior, probar en un caso particular, si se causó o no daño ambiental a partir de cierta contaminación originada por actividades humanas y/o monitorear las actividades de recomposición.

2.- Metodología

Para llevar a cabo este trabajo se consideró la combinación de la investigación documental y el trabajo de campo.

A los fines de la documentación se hizo una revisión bibliográfica de diversas fuentes a saber: libros, artículos científicos, informes técnicos y estadísticas oficiales para poder determinar el estado de la cuestión en materia de líneas de base en Argentina.

Para el trabajo de campo se pudo entrevistar a personal científico y técnico de instituciones oficiales como el Instituto de Hidrología de Llanuras (IHLLA) que desde el año 1981 viene haciendo trabajos de recopilación y procesamiento de datos, así como el monitoreo de la cuenca del Arroyo Azul. Ello facilitó el acceso a información para conocer el estado en que la misma se encuentra. En particular, tuvimos la oportunidad de entrevistar a la Dra. María Emilia Zabala, integrante del IHLLA, quien nos aportó información y bibliografía científica sobre la calidad del agua del Arroyo Azul. Por otra parte, también pudimos entrevistar a la Dra. Mariana P. Torrero, analista especializada en el Plan de Manejo Hídrico, dependiente de la Dirección General Ambiental de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), quien nos facilitó el acceso a cierta información del citado espacio geográfico.

Asimismo se tomó como antecedente un monitoreo microbiológico para aguas recreacionales del mismo Arroyo Azul elaborado por el Dr. Ramón Pedro Nosedá, integrante de un laboratorio privado situado en la misma ciudad de Azul, que viene realizando e informando a la comunidad el monitoreo de las aguas para uso recreacional, desde el año 1992 (Nosedá, 2007).

Finalmente, se revisó del marco normativo a nivel internacional, nacional, y local para tratar de determinar en qué medida las líneas de base son contempladas en la legislación vigente.

¹¹⁸“Evaluación del impacto ambiental (EIA) es un proceso de identificación, predicción y evaluación de los posibles impactos ambientales, socioeconómicos, culturales y de otra índole de un proyecto o desarrollo propuesto para definir acciones, de mitigación, no solo para reducir los impactos negativos, sino también aportar contribuciones positivas al medio ambiente natural y bienestar”. (International Institute for Sustainable Development, EIA: Bases EIA – ¿Qué es? ¿Por qué? ¿Cómo?, 2022).

Éste trabajo de investigación fue llevado adelante durante el año 2020, en contexto de pandemia, agradecemos a todos los profesionales entrevistados por su aportes a este trabajo.

3.- Las líneas de base

3.1.- Cuestiones conceptuales

Si bien no hay una definición universal de línea de base se la puede conceptualizar como los parámetros o estándares que permiten dar cuenta de la situación en la que se encuentra un elemento ambiental (recurso natural) antes de ser afectado por determinada/s actividad/es humana/s, estos parámetros o estándares permite su evaluación antes, durante y después de que se desarrollen las actividades. Las líneas de base se constituyen el punto de partida de cualquier evaluación y requieren de un relevamiento inicial y un monitoreo constante para que las mismas sean de utilidad al momento de tomar decisiones vinculadas a la gestión sostenible del elemento natural de que se trate.

Específicamente la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental, si bien no habla de “líneas de base” se refiere y define el “estado básico” (punto 14) como *“aquel que de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y servicios en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible”*.

Dentro del Derecho Ambiental Argentino encontramos conceptos que podrían confundirse con el concepto de líneas de base al que pretendemos hacer referencia en este trabajo. Sin embargo, corresponde distinguir tales conceptos a partir de establecer las distintas finalidades que persiguen. Nos referimos a:

1) Los *presupuestos mínimos* son definidos por la Ley General del Ambiente 25.675 (LGA), en su Art. 6 establece: *“Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable (...)”*.

Algunos autores (BEC, 2010), revisando críticamente las llamadas normas de presupuestos mínimos, advirtiendo sobre la enorme utilidad que ten-

dría si las mismas hubieran sido entendidas como “*umbrales mínimos medibles y cuantificables*” homogéneos para su aplicación por igual a todo el territorio. Si bien reconocemos la enorme ventaja de la situación ideal de tener parámetros similares y no contradictorios en todo el territorio al momento de tener que aplicar la legislación vigente, por ejemplo para la descarga de efluentes líquidos y/o para las emisiones gaseosas. También sostenemos que el contar con líneas de base de cada cuerpo de agua permitiría a cada jurisdicción local competente ajustar la rigurosidad de la normativa sobre la calidad de la descarga de los efluentes. Es una realidad que las exigencias variarán dependiendo del cuerpo de agua al que estemos haciendo referencia. Piénsese nomás en las diferencias que existen entre un arroyo de la llanura pampeana como el Azul, respecto del Riachuelo en la Ciudad de Buenos Aires. De hecho la normativa general de la Provincia de Buenos Aires no resulta aplicable y se debió generar normativa específica para ese (Cuenca Matanza- Riachuelo) espacio geográfico altamente poblado, industrializado y contaminado, a través de normativa específica de la ACUMAR.

En consecuencia, la norma de presupuesto mínimo perseguirá una exigencia cuantitativa o cualitativa al hecho o acto jurídico que resulte aplicable (por ejemplo calidad del vertido de efluentes líquidos). Mientras que la línea de base implicará contar con información previa sobre el estado en que se encuentra el recurso natural (por ejemplo, arroyo) a dónde se pretende enviar dicho efluente.

2) La *situación ambiental inicial* es un concepto que encontramos en la normativa argentina proveniente del ámbito de los seguros ambientales. Se refiere al diagnóstico realizado por el asegurador a fin de establecer —conforme los conocimientos científicos/tecnológicos disponibles al momento de su realización— la existencia de sustancias y concentraciones de las mismas, en condiciones que impliquen o puedan implicar una contaminación del suelo, subsuelo, aguas superficiales o aguas subterráneas, determinando, en su caso, la naturaleza, el grado, la extensión y la distribución de las sustancias y/o contaminantes.

3) También existe una estrecha relación entre las líneas de base y la EIA, en tanto las primeras forman parte del segundo en forma particularizada, se trata del estudio que deberá presentar quien pretenda desarrollar una actividad o proyecto que pudiera tener impacto relevante en el ambiente y/o sus recursos naturales. Dicha información inicial o *datos primarios* en los términos de la normativa reglamentaria vigente en la Provincia de Buenos Aires (OPDS, 2019), será de utilidad para poder contrarrestar o comparar datos

recabados en la EIA antes de dar inicio a la actividad y una vez que el proyecto haya iniciado, ver su verdadero impacto, y en tal caso adoptar medidas preventivas o correctivas.

En este punto, cabe mencionar que, a nivel nacional, se elaboró y aprobó a través de la Resolución 337/2019 de la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable una Guía para la Elaboración de Estudios de Impacto Ambiental (SAyDS, 2019), que establece como un componente clave para la elaboración de los EIA la *determinación de las líneas de base o diagnóstico ambiental*. Téngase presente que las jurisdicciones provinciales han venido regulando esta cuestión desde hace más de 25 años. En tal sentido, podemos citar la normativa reglamentaria vigente en la Provincia de Chubut: el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la provincia, es la Autoridad de Aplicación del Código Ambiental de Chubut (Ley XI N°35), que también cuenta con una guía para la elaboración de la línea de base en el contexto de la elaboración de un EIA.

A la fecha, se podría decir que se cuenta con estudios individuales e inconexos originados a partir de exigir EIA a los emprendimientos particulares a desarrollar y/o estados ambientales iniciales elaborados por parte de las aseguradoras para el emprendimiento particular que se pretenda asegurar.

Sin embargo, es oportuno destacar que con este trabajo, se apunta a hacer hincapié **en la necesidad de promover el conocimiento particularizado de los recursos hídricos de la Provincia de Buenos Aires**, con una mirada más integral sobre su estado actual y pueda mostrar potenciales interacciones y capacidad de carga de tales recursos. Todo ello, en cumplimiento, del artículo 10 de la Ley 12.257 que insta a la autoridad de aplicación a tener un acabado conocimiento del recurso hídrico bonaerense.

4.- El enfoque de cuenca

Si bien en este trabajo se toman algunos estudios de los parámetros existentes para el cuerpo de agua superficial arroyo Azul, lo hacemos en el marco del enfoque de cuenca que brinda una visión más integral para la adecuada gestión del agua y que los datos que aquí se obtengan deberían contribuir a la toma de decisiones de contenido ambiental, social y económico que impactará sobre todo el espacio geográfico de la cuenca y los acuíferos asociados a la misma. Dicho objetivo se encuentra en línea con aquellos definidos en el Plan Nacional de Agua (Plan Nacional del Agua, 2019).

La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN. ORG, 2021) define a una cuenca hidrográfica como *“una unidad geográfica e hidrológica, formada por un río principal y todos los territorios asociados entre el origen del río y su desembocadura, comprende también los ecosistemas y sus interacciones que inciden en el curso de agua, tanto en su calidad como cantidad (...) La cuenca se divide en tres zonas principalmente zona alta, baja y media. La primera incluye zonas en donde se ubica el nacimiento del río principal, la segunda constituida por tierras onduladas y valles, generalmente donde el río comienza a zigzaguear. Y el último donde se ubican las tierras bajas allí pierde fuerza y los materiales sólidos se sedimentan formando las llanuras”*.

La composición de las aguas puede estudiarse desde un punto de vista físico, químico, bacteriológico, entre otras. A los fines de prevenir un daño al ambiente conocer el estado de las condiciones de calidad de las aguas adquiere relevancia porque pone a la vista los cambios ocasionados principalmente por actividades humanas. Las líneas de base que se puedan realizar deberán ser actualizadas dado que la composición química natural del agua puede cambiar en razón de procesos ambientales complejos (Zabala , Manzano, y Vives, 2015).

El enfoque de cuenca es actualmente el más difundido porque intenta dar una respuesta integral copiando la dinámica del sistema natural. En nuestro derecho interno, es el enfoque que la inaplicada ley 25.688 de presupuestos mínimos de gestión de agua asume como una alternativa al enfoque de divisiones políticas del territorio. Se sostiene que sería una forma distinta e integral de abordar los problemas territoriales por las interacciones entre el sistema humano y natural. Si bien el enfoque de cuenca no está exento de cuestionamiento (PIRES DO RIO, 2009) nuestro máximo tribunal tiene dicho: *“se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común”*. Las cuencas hídricas, *“son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada”*¹¹⁹.

4.1.- Caso Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado nacional y otros s/ daños y perjuicios

Creemos oportuno en esta instancia tomar como referencia el emblemático caso judicial estructural que trata de dar solución a la contaminación (como daño ambiental colectivo) de la cuenca Matanza-Riachuelo (CMR) a

¹¹⁹ CSJN, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de”, en Fallos: 340:1695.

través de una manda judicial en cabeza de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR), que es la encargada de elaborar, implementar y ejecutar el Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) a fin de recomponer el ambiente de dicho espacio geográfico. El PISA consiste en la implementación de sistemas vinculados a las distintas formas de contaminación, a saber: obra pública cloacal de toda la región, asepsia de basurales, saneamiento de la actividad industrial y limpieza del fondo del río, entre otras medidas para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la Cuenca Matanza Riachuelo a través de la recomposición del ambiente (CIJ, 2021). Por su parte, la CSJN al momento de tener que evaluar el grado de cumplimiento del PISA dijo¹²⁰:

“...La constatación de deficiencias en el cumplimiento del Plan Integral de Saneamiento Ambiental dispuesto por la Corte Suprema en un anterior pronunciamiento (Fallos: 331:1622) obliga a adoptar las medidas necesarias para el inmediato y más eficaz cumplimiento de aquél y en consecuencia, requerir a la Acumar, que establezca un sistema de indicadores que, conforme a los criterios internacionales de medición disponibles, permita medir el nivel de cumplimiento de los objetivos fijados en aquella y que sin perjuicio de todos ellos, preste especial énfasis en el control de la contaminación industrial, saneamiento de basurales y limpieza de márgenes, expansión de la red de agua potable y cloacas, relocalización de villas y asentamientos precarios, plan sanitario de emergencia y calidad ambiental...”

Fue así que, (ACUMAR, 2019) generó un sistema de indicadores para medir el grado de avance del cumplimiento de las mandas de la sentencia judicial dictada el 8/7/2008 en autos “Mendoza, Beatriz Silvia y otros, c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”. Entre los indicadores destacamos aquellos vinculados al objeto de este trabajo: i) índice de calidad de agua superficial; ii) control de oxígeno disuelto (OD) en agua superficial por sub-cuenca; iii) cumplimiento de uso en calidad de agua por sub-cuenca; y iv) evolución de la concentración de nitratos en aguas subterráneas de la CMR. Para la obtención de dichos indicadores que tienen un seguimiento anual se toman como líneas de base aquellas elaboradas en el año 2008 y permiten ver cómo evolucionan los mismos a partir de los cambios y controles introducidos por ACUMAR en su carácter de autoridad de aplicación.

¹²⁰ CSJN, “Mendoza, Silvia B. y otros c/ Estado Nacional y otros”.

4.2 .-La cuenca del arroyo Azul

Desde ya advertimos que, tomamos de referencia a la cuenca Matanza Riachuelo solo respecto de los avances que hacen a la importancia de contar con información ambiental cierta, accesible y actualizada. En este punto, dejamos a salvo las diferentes realidades que hacen a la cantidad de población, la contaminación industrial, la infraestructura sanitaria, y la proliferación de basurales clandestinos, situación que se desarrolló durante más de un siglo ante la vista impávida del Estado en sus tres niveles (Nacional, Provincial y Municipal). Si pensamos en el espacio geográfico de la sub-cuenca del Azul, ninguno de las fuentes de contaminación citadas sería hoy un problema. Sin embargo, estamos convencidas de poner el énfasis en la prevención del daño, en no llegar a una instancia de deterioro irreversible o altamente costoso para su recomposición. Es por tal motivo, que el contar con información ambiental sería el factor común deseable en ambos espacios geográficos. En tal sentido, destacamos que investigadores del IHLLA de nuestra Universidad, han contribuido a establecer la línea de fondo química natural hidrológica que sirvió como parámetro para estudiar el avance de la contaminación en el ambiente acuático de la CMR (Zabala, Martínez, Manzano, y Vives, 2016). Estos mismos investigadores (ZABALA, MANZANO, y VIVES, 2015) desarrollaron un trabajo similar para determinar la línea de base de la composición química del agua subterránea en el Acuífero Pampeano de la subcuenca del arroyo Del Azul. El estudio revela que en la subcuenca del Arroyo Azul las actividades humanas más relevantes para la calidad química del agua son la ganadería (57%); la agricultura (38%) y, la minería (5%), así como en menor medida los desechos humanos (residuos sólidos y/o los líquidos cloacales e industriales mal gestionados) provenientes de la urbanización.

En la cuenca alta la actividad ganadera es importante. Respecto de las cuenca baja la actividad ganadera es fuerte y la filtración de aguas de residuos de animales genera un aumento mínimo de la salinidad, siendo el agua de lluvia a partir de un proceso natural el que ocasiona una salinidad intensa en la cuenca alta. En la cuenca baja y media no se espera que haya grandes contaminaciones ganaderas o por la agricultura, salvo por los desechos humanos. (ZABALA, MANZANO, y VIVES, 2015)

Por lo tanto, si bien actualmente no existen altos grados de contaminación, existen modificaciones del estado de las aguas en razón de actividades humanas, y acordamos que si las actividades continúan desarrollándose deberán regularse a fin de poder realizar las mismas en forma sostenibles.

El conocer los parámetros químicos, físicos y bacteriológicos de la cuenca del arroyo azul permite monitorear cómo evoluciona la integridad de la

calidad del agua de modo que para poder determinar si existe daño ambiental en la cuenca del arroyo es necesario tener un conocimiento previo del estado de dicho cuerpo de agua que compone la cuenca, entendido el daño ambiental en los términos del Art. 27 de la LGA: *“Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”*

El artículo mencionado establece para poder conocer si ha existido daño debe producirse una alteración, por ende para poder determinarla es necesario poder tener con qué realizar una comparación. Allí radica la real necesidad de realizar las líneas de base para poder exigir una eventual recomposición del ambiente.

Entendemos que es deber del Estado en todos sus niveles prever fondos para realizar este tipo de estudios, reunir los estudios existentes y hacer convenios entre la autoridad local, provincial y el centro de estudios encargado del monitoreo. Ello sin desconocer que dicha información tiene que tener un propósito concreto: prevenir el daño, planificando su uso adecuado y sostenible. Caso contrario compartimos con (Eduardo Usunoff, 2000) que la generación y compilación de información *“...puede transformarse en un barril sin fondo, en el cual se depositan cantidades considerable de dinero sin que rinda beneficios acordes. La tendencia actual es que las organizaciones a cargo de la información deben asumir esa responsabilidad teniendo en cuenta que hay ocasiones en que la incertidumbre es preferible (económicamente) a promover relevamientos de bajo beneficio.*

5.- Conclusión

A lo largo del trabajo describimos distintos conceptos de líneas de base que se fueron gestando a lo largo del tiempo, a partir de la aparición del EIA como herramienta de la adecuada gestión ambiental.

Al momento de procesar los datos (duros químico/físicos/biológicos) existen factores económicos y políticos que pueden afectar la constancia de recolección de informaciones para los registros.

Así mismo otro reparo se debe a la sistematización de la información, dado que llegado un punto donde la magnitud de los registros sea vasto se deben organizar a fin de sistematizarlos para una eficaz utilización de los mismos.

Haciendo énfasis en ODS número 12 que recalca la importancia de que las urbanizaciones en crecimiento presten atención a desarrollarse en un mar-

co de protección integral de los ecosistemas y con sustento en los principios precautorio y de sustentabilidad consagrados en la LGA. Con la experiencia del caso Matanza Riachuelo es menester que las administraciones de los diferentes niveles de gobierno entre ellos los gobiernos locales (municipales) se hagan cargo inmediato de establecer el estado en que se encuentran los principales recursos naturales de los que depende el desarrollo sostenible de sus comunidades.

Respondiendo a las preguntas con las que comenzamos el trabajo entendemos que es necesario adoptar las líneas de base como medio técnico para generar un control eficiente sobre la calidad de las aguas.

Es una obligación provincial (en razón principio de prevención y de las normas que reglamentan y complementan lo establecido en el Art. 41 de la CN y el Art. 75 inc. 22 que dan raigambre supra legal a los tratados internacionales, en particular hacemos referencia al Acuerdo de Escazú¹²¹ recientemente entrado en vigor) generar bases de datos respecto de los recursos naturales que están bajo su jurisdicción.

Ello sin desconocer que dicha información tiene que tener un propósito concreto: prevenir el daño, planificando su uso adecuado y sostenible. Caso contrario compartimos que la generación y compilación de información se puede volver infructuosa.

Bibliografía

ACUMAR. (2019). *Sistema de Indicadores*, Obtenido de https://www.acumar.gov.ar/wp-content/uploads/2016/12/Indicadores_Anuar-2019-1.pdf

Bec, E. Y. (2010), *Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

CIJ. (2004). *EXPEDIENTE PRINCIPAL CSJN- CUERPO 1*. Obtenido de “MENDOZA, BEATRIZ SILVIA Y OTROS EL ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL DEL RIO MATANZA-RIACHUELO”: https://www.cij.gov.ar/adj/expedientes_riachuelo/01.pdf

¹²¹ Art. 6 del Acuerdo de Escazú: “...Cada Parte garantizará, en la medida de los recursos disponibles, que las autoridades competentes generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible, y que actualicen periódicamente esta información y alienten la desagregación y descentralización de la información ambiental a nivel subnacional y local...”.

HIDRAULICA, MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS PÚBLICOS, PROVINCIA DE BUENOS AIRES. (18 de marzo de 2021). https://www.gba.gob.ar/hidraulica/interior_bonaerense/cuenca_salado.

IUCN.ORG. (16 de 3 de 2021). Obtenido de https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/cuenca_hidrografica.pdf

Noseda, R. P. (2007). *Evaluación de Agua Recreacional utilizando una bacteria compartida entre el hombre y los animales, Escherichia coli*. Obtenido de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27763/Evaluaci%C3%B3n_de_agua_recreacional_utilizando_una_bacteria_compartida_entre_el_hombre_y_los_animales_Escherichia_coli.pdf?sequence=1&isAllowed=y, visitado el 13/8/2022-

ONU. (s.f.). *Ciudades sostenibles ¿Porqué son importantes?* Obtenido de https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/11_Spanish_Why_it_Matters.pdf, visitado el 13/8/2022

Pastorino, L. F. (2009), *Derecho Agrario Argentino*. Buenos Aires: AbeledoPerrot .

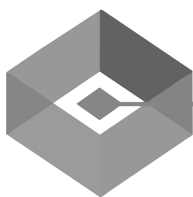
Rossatti, H. (2004), *Derecho Ambiental Constitucional*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Usunoff, Eduardo P. F. (2000), hacia la gestión integrada de los recursos hídricos en la provincia en <http://www.azul.bdh.org.ar/bdh3/archivos/publications/71803/GIRH.pdf>, visitado el 13/08/2022

Zabala, M.E., Manzano, M., y Vives L. (2015), “The origin of groundwater composition in the Pampeano Aquifer”, en *Science of the Total Environment*, 168-188.

Zabala, M., Martínez, S., Manzano, M., y Vives, L. (2016), “Groundwater chemical baseline values to assess the Recovery Plan in the Matanza-Riachuelo River basin, Argentina”, en *Science of the Total Environment*, 1516-1530.

El impacto acumulativo en las condiciones de reclusión



Alfonsina Soto Pineda

Camila Lospinoso

(UNICEN)

Resumen

El presente trabajo nace con el objetivo de plasmar los estándares jurídicos, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, vinculados a las personas privadas de libertad, y la consecuente posición de garante de los Estados respecto de los derechos de aquellas.

Para ello se tomarán, además de las normas que regulan los derechos de las personas privadas de su libertad, los aportes centrales emergentes de organismos internacionales de derechos humanos tales como la Corte Interamericana de derechos humanos (en adelante, “Corte IDH”) y la Comisión interamericana de derechos humanos (en adelante, “CIDH”).

De esta manera, el objetivo central consistirá en demostrar que, pese a que a todas aquellas personas les es privada su libertad y deben gozar de los restantes derechos humanos inherentes a su condición de tal, la realidad fáctica demuestra que en los centros penitenciarios se les vulneran múltiples derechos por las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación que se dan en los mismos. Para demostrar ello se tomará en cuenta la situación de Latinoamérica y, particularmente, de Argentina.

Por lo demás, la presente ponencia intentará constituirse en un punto de partida para exigir a los Estados un rol más activo en pos de evitar la violación de derechos humanos elementales de las personas privadas de libertad.

1.- Introducción

Los tratados internacionales de derechos humanos consagran derechos que los Estados deben garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción. En el Sistema Interamericano los derechos de las personas privadas de libertad están tutelados fundamentalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”).

La CADH establece en su artículo 1.1, como base de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados partes “*que éstos se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*” sin discriminación alguna. Estas obligaciones generales de respeto y garantía, vinculantes para el Estado con respecto a toda persona que se encuentra bajo su tutela, implica para éste un mayor nivel de compromiso al tratarse de personas en situación de riesgo o vulnerabilidad (CIDH, 2011: 46).

El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder frente al individuo. La obligación de garantizar implica que el Estado debe tomar todas las “medidas necesarias” para procurar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan disfrutar efectivamente de sus derechos¹²² (Corte IDH, 1990: 34). En atención a esta obligación los Estados deben prevenir, investigar, sancionar y reparar la violación a tales derechos.

Cabe resaltar que las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita, determinada previamente por la ley (CIDH, 2011: 70). El principal elemento que define la privación de libertad es la dependencia del sujeto a las decisiones que adopte el personal del establecimiento donde éste se encuentra recluso, ya que las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia (ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, 2009).

Por ende, el Estado, al privar de libertad a una persona, se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad (CIDH, 2011: 49). Es por ello que el Estado, como garante de los derechos tiene el deber de asegurar que la manera y

¹²² Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11. Párr. 34.

el método de privación de libertad no excedan el nivel de sufrimiento inherente a la reclusión¹²³ (Corte IDH, 2010: 198).

En este sentido, la Corte IDH ha expresado que:

*“ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”*¹²⁴ (Corte IDH, 2004: 152 y 153).

Por otra parte, es relevante destacar que la CIDH (2011) ha expresado que *“es fundamental que se reconozca la importancia de una adecuada asignación de recursos que posibilite la implementación de las políticas penitenciarias, necesarias para cubrir, desde necesidades tan básicas como la provisión de alimentos, agua potable y servicios higiénicos”*. Sin embargo, la falta de recursos económicos no justifica la violación de derechos inderogables de las personas privadas de libertad al mismo tiempo que los Estados no pueden invocar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales y no respeten la dignidad del ser humano¹²⁵ (Corte IDH, 2019: 90).

El reconocimiento de la dignidad inherente a toda persona con independencia de sus condiciones personales o su situación jurídica es el fundamento del desarrollo y la tutela internacional de los derechos humanos. La protección de tales derechos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legalmente menoscabados por ejercicio del poder público¹²⁶ (Corte IDH, 2010: 98). De allí,

¹²³ Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. Párr. 198.

¹²⁴ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párrs. 152 y 153.

¹²⁵ Corte IDH. Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396. Párr. 90.

¹²⁶ Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparacio-

que el derecho de las personas privadas de libertad a recibir un trato humano mientras se hallen bajo custodia del Estado es una norma universalmente aceptada en el derecho internacional.

2.- Hacinamiento. El efecto acumulativo en las cárceles

En línea con lo mencionado anteriormente, el Estado frente a su especial posición de garante respecto de las personas privadas de libertad tiene, no solo el deber de “respetar y garantizar su vida e integridad personal, sino que debe asegurar condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad” (CIDH, 2011: 430). Sin embargo, desde hace varios años la CIDH (2011:447) ha constatado que el hacinamiento es el problema más grave que afecta a la mayoría de los países latinoamericanos.

Asimismo, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, s.f.: 2) estableció que “a pesar de las diferencias regionales, el hacinamiento carcelario se ha convertido en un grave desafío mundial y representa un importante obstáculo para la implementación de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela)”¹²⁷.

Por otra parte, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la CIDH disponen que la ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido por autoridad competente estará prohibida por ley (Principio XVII). Según Santiago Medina Villarreal (2007: 73):

“La prohibición del hacinamiento pretende garantizar el derecho que tiene toda persona privada de libertad a contar con una dimensión espacial adecuada, conforme a su dignidad personal, en la cual pueda disfrutar de comodidad, iluminación y ventilación”.

Si bien la falta de infraestructura adecuada es una de las causas del hacinamiento, también se produce por: la implementación de políticas represivas de control social que plantean la privación de libertad como respuesta fundamental (mano dura o tolerancia cero); el uso excesivo de la detención preventiva y la privación de libertad como sanción penal; las deficiencias en el siste-

nes y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. Párr. 98.

¹²⁷ Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos constituyen los estándares mínimos universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad, y han tenido un inmenso valor e influencia en el desarrollo de leyes, políticas y prácticas penitenciarias en los Estados Miembros en todo el mundo.

ma judicial; la falta de acceso a la asistencia jurídica; las medidas insuficientes para prevenir el delito, en particular la delincuencia juvenil; las insuficientes medidas para promover la reintegración; la falta de atención a las necesidades específicas (CIDH, 2011: 451) (UNODC, s.f.: 2)¹²⁸.

En este marco, toma mayor relevancia el uso excesivo de la prisión como medida habitual y no de último recurso (Relator Especial de la ONU sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, 2009: 100). De esta manera, *“las medidas alternativas a la detención, tales como las pulseras electrónicas o el arresto domiciliario para aquellos sospechosos que no constituyen una amenaza para la seguridad pública, parecen ser utilizadas sólo en casos excepcionales, y la privación de la libertad aún aparece como la medida de rutina dictada por el poder judicial en respuesta a cualquier sospecha de delito”* (Relator Especial de la ONU sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, 2018).

En un marco de hacinamiento y sobrepoblación se torna imposible que las personas privadas de libertad reciban un trato individualizado, adecuado a su dignidad personal¹²⁹. Además, cabe tener en cuenta, que la Corte IDH¹³⁰ (2019: 60) al pronunciarse sobre este tema ha establecido que estas deficiencias constituyen una violación a la integridad personal. En consecuencia, el Estado debe garantizar a las personas que están bajo su custodia que respeten sus derechos fundamentales y dejen a salvo su dignidad¹³¹, debido a que:

“Si bien es cierto que la privación de la libertad es per se un hecho contrario a la dignidad humana, las condiciones en las que se encuentren estas personas no pueden ser de tal grado que excedan los efectos colaterales que trae en sí mismo el hecho de la privación de la libertad.” (Santiago Medina Villarreal; 2007: 72).

Además, el hacinamiento produce otros serios problemas como la gestión de los establecimientos penitenciarios, repercutiendo, por ejemplo, en la prestación de servicios médicos (CIDH, 2011: 456). Al mismo tiempo, genera fricciones entre los reclusos, reduce los espacios de acceso a las duchas,

¹²⁸ Conjunto de causas establecidas en el “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas” (CIDH, 2011) y “Abordando la crisis penitenciaria a nivel global. Estrategia 2015-2017” (UNODC, s.f.).

¹²⁹ Reglas Nelson Mandela Nro. 5: “El régimen penitenciario debe reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que debilitan el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano (...)”

¹³⁰ Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395

¹³¹ *Cfr.* “Fleury y otros vs. Haití”, párr. 85 y “Hernández vs Argentina”, párr. 60.

baños, creando ello situaciones deplorables de higiene y salubridad (CIDH, 2011: 455)¹³².

Todo ello, imposibilita la finalidad esencial de las penas privativas de libertad: la reforma y la readaptación social de los condenados¹³³, así como la protección a la sociedad del delito y la reducción de la reincidencia¹³⁴. Dado que, la acumulación de personas en un lugar que no está preparado para el número que alberga, dificulta el acceso a las oportunidades de estudio y trabajo, de por sí escasas (CIDH, 2011: 455). Por lo que se puede concluir que se desnaturaliza totalmente el objetivo de la pena de prisión.

Frente a esta situación, el Estado para limitar el hacinamiento existente debe: optar por medidas alternativas a la privación de libertad, implementar reformas legislativas e institucionales que reduzcan el uso excesivo de la prisión preventiva, modernizar el sistema de justicia para garantizar un mejor acceso y para agilizar los procesos, adoptar políticas públicas para evitar las detenciones ilegales o arbitrarias por parte de las fuerzas policiales (CIDH, 2011: 462). Además, para evitar una futura reincidencia es relevante que se apoye el diseño y la aplicación de programas de reinserción social (UNODC, 2015-2017: 7).

2.1.- Niveles de hacinamiento y sobrepoblación en los centros penitenciarios de Argentina

Lo mencionado anteriormente se puede ver reflejado en los centros penitenciarios de Argentina. Un estudio de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF, 2020) pudo constatar que la población carcelaria del sistema penitenciario federal (SPF) y de provincia de Buenos Aires (PBA) se

¹³² Ver “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas” CIDH, 2011. Párr. 456, 457, 458.

¹³³ Art. 5. 6 de la CADH: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

¹³⁴ Reglas Nelson Mandela Nro. 4: “Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Estos objetivos se pueden alcanzar si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr la reinserción de los reclusos en la sociedad para que puedan vivir de acuerdo con la ley y mantenerse con su trabajo luego de su liberación. Por eso, las cárceles deben ofrecer educación, formación profesional y trabajo. También deben ofrecer otras formas de asistencia, como la asistencia recuperativa, moral, espiritual, social y la asistencia basada en la salud y el deporte. Todos estos programas, actividades y servicios deben tener en cuenta las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos”.

incrementó en 18000 de personas privadas de libertad, mientras que el crecimiento de plazas fue menos de la mitad, siendo que la creación de nuevas plazas es una de las medidas esenciales para solucionar este grave problema que atraviesa a la mayoría de los países latinoamericanos (CIDH, 2011:461).

Además, se pudo verificar que *“la tasa de sobrepoblación (el número de internos por plazas disponibles) en el SPF es de casi 8% mientras que en PBA supera el 40%”* (UNTREF, 2020).

3.- Impacto del COVID-19 en las personas privadas de libertad:

El COVID-19 ha sido declarado en el año 2020 una pandemia y, a medida que se propaga, ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, como las personas privadas de libertad en las cárceles, podrían verse expuestas a mayores riesgos, ya que el virus puede difundirse con rapidez debido a la concentración generalmente elevada de reclusos en espacios reducidos y al acceso restringido a la higiene y la atención sanitaria en algunos contextos¹³⁵.

Como consecuencia de ello, la Organización Mundial de la Salud (2020:14) ha estipulado como medida preventiva a la propagación del virus, en particular, el distanciamiento físico. Claro está, que las medidas recomendadas por dicho organismo son de imposible cumplimiento en lugares de encierro donde hay hacinamiento.

Es por ello, que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha destacado que las autoridades deberían adoptar medidas inmediatas para hacer frente al hacinamiento en las cárceles, incluidas las medidas necesarias para respetar la orientación dada por la OMS sobre el distanciamiento social y otras medidas sanitarias (ACNUDH, 2020: 1 y 2).

En el mismo sentido, la Corte IDH ha expresado que *“dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”* (Corte IDH, 2020: 2).

¹³⁵ Consecuencia prevista por la CIDH en su “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.” Donde estableció que el hacinamiento *“facilita la propagación de enfermedades; crea un ambiente en el que las condiciones de salubridad, sanitarias y de higiene son deplorables”*. Párr. 455.

Además, por la fácil contagiosidad de este virus el Estado debe tomar medidas rigurosas para mitigar el riesgo de la vida, la integridad personal y la salud de las personas detenidas¹³⁶.

El efecto o impacto acumulativo de las condiciones de reclusión pueden constituir un trato cruel, inhumano y degradante (CIDH, 2011: 433). Ello es lo que ocurre con la situación de hacinamiento y sobrepoblación, sumados al contexto de pandemia, ya que se expone a las personas a un contagio sumamente probable del COVID- 19, en condiciones sanitarias y de higiene ya precarias¹³⁷, a un sentimiento de angustia de padecerlo y no contar con los insumos suficientes.

3.1.- El impacto de las medidas dispuestas en Argentina en el marco del COVID-19 respecto de las personas privadas de libertad:

En el caso de Argentina, no se han tomado medidas significativas para el egreso de las personas privadas de libertad por la aplicación de medidas alternativas al encierro. En situaciones de sobrepoblación estructural, como el caso de Argentina, optar por medidas alternativas y siendo la privación de libertad la última opción es una forma de descongestionar el sistema carcelario y reducir el hacinamiento.

Cabe destacar que el Decreto 297/2020¹³⁸ establece en su art. 29 que frente al incumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio (en adelante “ASPO”) *“se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.”*. Ambas normas del Código Penal tienen como sanción la pena de prisión¹³⁹.

¹³⁶ Ver la Adopción de Medidas Urgentes que la Corte IDH ordenó en el Caso Vélez Loor vs Panamá, el 29 de julio de 2020. Párr. 35.

¹³⁷ ONU NOTICIAS “Además, algunos países están deteniendo a gente por incumplir las cuarentenas, lo que aumenta el riesgo de infección. Colville habló de la situación en El Salvador donde se están tomando medidas “extremadamente severas” que pueden constituir trato cruel, inhumano y degradante y que pueden exacerbar las condiciones de higiene ya precarias.”

¹³⁸ Fue prorrogado sucesivamente.

¹³⁹ Art. 205 del Cód. Penal: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

Art. 239 del Cód. Penal: Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la per-

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH, 2020), solicitó a las autoridades competentes a que actúen con rapidez a fin de reducir el número de reclusos. A su vez, se expidió respecto al ASPO en los siguientes términos:

“El COVID-19 plantea un grave desafío al conjunto de la sociedad, ya que los gobiernos adoptan medidas para cumplir con el distanciamiento físico. Estas medidas son indispensables, pero me preocupa de sobremanera que algunos países amenacen con penas de prisión a quienes desobedezcan estas normas. La ejecución de esas amenazas podría agravar la mala situación que ya existe en los centros de reclusión y contribuiría muy poco a frenar la propagación de la enfermedad”¹⁴⁰.

Frente a una emergencia carcelaria ya existente en los centros penitenciarios argentinos, producida por la sobrepoblación¹⁴¹, se adiciona la emergencia sanitaria por el COVID- 19 y la sanción de prisión frente al incumplimiento del ASPO. Por ende, con tal disposición del gobierno lo que se logra es que se aumente el número de personas en los centros penitenciarios, en lugar de reducirlo y lograr que se cumpla con las medidas dispuestas, respetando el derecho a la integridad personal y a la salud de las personas privadas de libertad.

Prueba de que las medidas adoptadas hasta el momento por el gobierno no fueron suficientes para evitar el ingreso y circulación del virus dentro de los espacios de encierro, es que desde el inicio de la pandemia y hasta el 30 de mayo de 2021 se han registrado un total de 683 personas contagiadas en cárceles federales y 21 fallecimientos por Covid-19 (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2021).

En conclusión, las medidas adoptadas frente al incumplimiento del ASPO, por parte del gobierno argentino, no son acordes a los estándares internacionales que se establecieron respecto a los derechos de las personas

sona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

¹⁴⁰ ACNUDH (2020), “Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el COVID-19 ‘cause estragos en las prisiones’”. Comunicado de 25 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/2020/03/urgent-action-needed-prevent-covid-19-rampaging-through-places-detention-bachelet> , visitado el 12 de junio de 2021.

¹⁴¹ Acorde al Informe anual de 2020 de la Comisión Provincial de la Memoria, en 2019, las unidades penales y anexos que alojan mujeres tuvieron una sobrepoblación del 65,2%, un aumento de 15 puntos con respecto a 2018. La sobrepoblación en el SPB es alarmante y la sobrepoblación en las cárceles masculinas duplica a la de las femeninas (siendo del 124,5% para 2019).

privadas de libertad durante el COVID- 19. En lugar de sancionar con la pena de prisión se debería evaluar otro tipo de sanción que se pueda adecuar de forma proporcional a la infracción, en lugar de aumentar la población carcelaria y exacerbar las condiciones ya precarias.

4.- Conclusión

Podemos concluir que el efecto acumulativo ha sido tomado con gran habitualidad en Argentina y en la mayoría de los países latinoamericanos, olvidando que a las personas privadas de libertad solo se les restringe la libertad ambulatoria, pero no los demás derechos inherentes a su condición humana.

Consideramos que para que se pueda hacer una verdadera resocialización de estas personas, es necesario que primero se realicen reformas estructurales legales y judiciales, para que la pena de prisión no sea la respuesta fundamental y que no se realice un uso excesivo de la detención preventiva.

Todo ello toma mayor relevancia en un contexto de pandemia, donde el virus COVID- 19 es de fácil contagiosidad y la primera respuesta que tiene el Estado argentino frente al incumplimiento de las medidas adoptadas para prevenirlo y erradicarlo, es la pena de prisión. Tal accionar genera que a las personas que incumplan las medidas del ASPO les espere un contagio seguro, ya que en las condiciones en las que se encuentran los centros penitenciarios es imposible que se mantenga el distanciamiento social.

Bibliografía

ACNUDH (2020), “Directriz provisional COVID-19: atención especial a las personas privadas de libertad”, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19/COVID-19-FocusonPersonsDeprivedof-TheirLiberty_SP.pdf , visitado el 12 de junio de 2021.

CICR (2020), “Preparación, prevención y control en relación con la covid-19 en cárceles y otros lugares de detención orientación provisional 15 de marzo de 2020”, disponible en: <https://www.icrc.org/es/publication/preparacion-prevencion-y-control-de-covid-19-en-carceles-y-otros-lugares-de-detencion> , visitado el 16/8/2022.

CIDH (2011), “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.” 31 diciembre 2011.

CPM (2020), “Informe anual de 2020. El sistema de la crueldad XIV.” 5. Políticas Penitenciarias, disponible en: <https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/informe2020/Seccion3/Seccion3Completa.pdf> , visitado el 12 de junio de 2021.

Medina Villarreal, S. (2007), “Estándares en materia de condiciones de detención y uso de la fuerza en el control de lugares de detención”, en *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, año II Número 3. Septiembre de 2007, pp. 3-4, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24781.pdf> , visitado el 12 de junio de 2021.

ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2009), “Informe de la Misión a Uruguay, A/HRC/13/39/Add.2”, adoptado el 21 de diciembre de 2009, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7495.pdf> , visitado el 12 de junio de 2021.

ONU, Relator Especial de las NU sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2018), “Sr. Nils Melzer en la visita oficial a la Argentina entre el 9 y el 20 de abril de 2018”, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22974&LangID=S> , visitado el 12 de junio de 2021.

ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias (2009), “Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos”, A/HRC/10/21, adoptado el 16 de febrero de 2009, Cap. III: Consideraciones temáticas

Procuración Penitenciaria de la Nación (2021) “COVID-19: nuevo reporte estadístico de la PPN – Mayo 2021”, disponible en: <https://ppn.gov.ar/pdf/boletines/mayo-2021-la-situacion-de-la-ppn-ante-la-emergencia-sanitaria-covid-19.pdf> , visitado el 12 de junio de 2021.

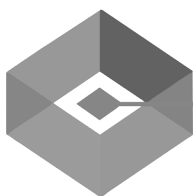
UNODC (s.f.), “Abordando la crisis penitenciaria a nivel global. Estrategia 2015-2017”, disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Prison_Crisis_Strategy_Brochure_Spanish.pdf , visitado el 12 de junio de 2021.

UNTREF (2020), “Población privada de libertad en Argentina: un análisis comparado en perspectiva temporal 2013-2019”. Pág. 7. Disponible en: <http://celiv.untref.edu.ar/descargas/200715-informe-celiv-2020-digital.pdf>



DERECHO PRIVADO

Algunas consideraciones sobre la prescripción adquisitiva breve



Di Paula Humberto Nicolás

(UNMDP)

Girardi Natalia Lucia

(UNR)

Resumen

La prescripción adquisitiva, en general, tiene como base la actividad de un sujeto que posee una cosa y ejercita sobre ella durante un tiempo prolongado las facultades que corresponderían a determinado derecho real (aunque en verdad no sea titular de ese derecho), de manera que podemos señalar en la usucapión dos elementos: 1) ejercicio de la posesión sobre una cosa, y 2) transcurso del tiempo fijado por la ley.

Tradicionalmente todos los sistemas jurídicos han distinguido por lo menos dos plazos de prescripción adquisitiva: uno más extenso, que protege a cualquier poseedor, cuente o no a su favor con título de adquisición, y aunque haya procedido de mala fe; y el otro más breve -en nuestro país y en muchos otros es de 10 años- que concede el privilegio de que la situación se consolide más rápidamente, pero exige que a la posesión se sumen algunas circunstancias adicionales.

La prescripción adquisitiva breve es una especie de usucapión privilegiada que tiene su importancia fundamental en los dos recaudos distintivos: una buena fe especial y el justo título.

Los debates e interpretaciones sobre estas cuestiones, que hacen a nuestro criterio a la esencia del instituto, serán a lo largo del presente trabajo los puntos de inflexión a los que nos abocaremos.

1.- Introducción. Planteo de la cuestión

La usucapión tiene sus orígenes en el Derecho Romano, en el que la institución “*usucapio*” era utilizada para la adquisición del dominio por la posesión durante un cierto tiempo.

La prescripción adquisitiva, en general, tiene como base la actividad de un sujeto que posee una cosa y ejercita sobre ella durante un tiempo prolongado las facultades que corresponderían a determinado derecho real (aunque en verdad no sea titular de ese derecho), de manera que podemos señalar en la usucapión dos elementos: 1) ejercicio de la posesión sobre una cosa, y 2) transcurso del tiempo fijado por la ley (Moisset De Espanés, 1979).

En el campo de los derechos reales, si alguien ejercita sobre una cosa las facultades que corresponden al titular del derecho (es decir la usa, y de allí usucapión), y la posesión se prolonga durante los plazos previstos, ese hecho le permitirá consolidar su posesión y transformarse en verdadero titular de derecho (Moisset De Espanés, 1979).

En el mismo sentido, Arean (2007) destaca que la adquisición de la propiedad por prescripción se basa en dos hechos fundamentales: la posesión de la cosa por parte de quien no es su dueño, aun cuando debe ser a título de propietario, pública y pacífica, y la duración de esa posesión por un cierto tiempo.

Por su parte, Mariani de Vidal (2004) nos dice que el fundamento de la prescripción adquisitiva es consolidar situaciones fácticas, como medio de favorecer la seguridad jurídica, liquidando situaciones inestables, dando certeza a los derechos y poniendo en claro la composición del patrimonio, con lo cual se propende a la paz y el orden social.

El instituto detallado fue receptado por la legislación argentina y actualmente está regulado por el Código Civil y Comercial de la Nación, en los artículos 1897 y siguientes.

Precisamente esta norma lo define como el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

Consecuentemente distingue dos tipos, una breve y otra larga. En cuanto a la primera de ellas tiene un plazo de 10 años y requiere justo título y buena

fe; mientras que la segunda posee un plazo de 20 años sin los requerimientos de la anterior.¹⁴²

Tradicionalmente todos los sistemas jurídicos han distinguido por lo menos dos plazos de prescripción adquisitiva: uno más extenso, que protege a cualquier poseedor, cuente o no a su favor con título de adquisición, y aunque haya procedido de mala fe; y el otro más breve -en nuestro país y en muchos otros es de 10 años- que concede el privilegio de que la situación se consolide más rápidamente, pero exige que a la posesión se sumen algunas circunstancias adicionales (Diez Picazo y Guillon, 1974).

La prescripción adquisitiva breve es una especie de usucapión privilegiada que tiene su importancia fundamental en los dos recaudos distintivos: una buena fe especial y el justo título.

Los debates e interpretaciones sobre estas cuestiones, que hacen a nuestro criterio a la esencia del instituto, serán a lo largo del presente trabajo los puntos de inflexión a los que nos abocaremos.

2.- Breve reseña de los recaudos comunes. Posesión y transcurso del tiempo

Tal como mencionamos anteriormente, los elementos de la prescripción adquisitiva - ya sea corta o larga - son dos: la posesión y el tiempo.

En relación a la posesión, la requerida a los efectos de usucapir en el Código de Vélez, era la posesión del art. 2351, es decir, con ánimo de tener la cosa para sí. Esto es, poseer la cosa con intención de someterla al ejercicio de un derecho de dominio, con sus dos elementos: corpus y animus; siendo necesario probar en forma acabada y plena que se ha detentado la posesión del inmueble en forma pública, pacífica y continua (art. 3999 y 4015 del citado cuerpo legal).¹⁴³

En tal sentido, nuestra Corte ha resuelto que “[l]a comprobación de los extremos exigidos para la adquisición del dominio por usucapión debe efectuarse de manera insospechable, clara y convincente. Para la adquisición del dominio por usucapión no basta

¹⁴² Véase artículos 1898 y 1899 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁴³ Dicho criterio surge de extracto del fallo de la Cam. Civ. y Com. Sala Civil, Salta “Soriano, Leopoldo Alberto Vs. Gutiérrez, Teodora Dominga” del 16/02/2016. Disponible en www.sajj.gob.ar ID: SUS0009901.

*que se acredite un relativo desinterés por el inmueble por parte de la demandada, sino que es necesario que el actor demuestre cuáles son los actos posesorios realizados por él*¹⁴⁴.

Concorde con ello, la jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha dicho que se requiere necesariamente la cabal demostración de los actos posesorios efectuados por quien pretenda usucapir y que sean lo suficientemente idóneos como para poner al propietario, que debe haber tenido conocimiento de ellos, en el trance de hacer valer, por la vía que corresponda, los derechos que le han sido desconocidos¹⁴⁵. Sabido es que la circunstancia de que una persona habite el inmueble durante décadas no basta para tener por acreditado que esa ocupación estuvo impregnada del *animus domini* necesario para consumar la adquisición del dominio por prescripción¹⁴⁶.

En el Código Civil y Comercial, la posesión se encuentra conceptualizada en el art. 1909 cuando dice que “[b]ay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”.

Tanto en el nuevo como en el derogado régimen legal, para que exista posesión resulta necesario el “*corpus*”, esto es un poder que comprende una relación de señorío de hecho sobre la cosa.

Por su parte, en relación a la usucapición, nuestro Código actual establece en el art. 1900 que “[l]a posesión para prescribir debe ser ostensible y continua”.

Es ostensible, cuando es pública, esto es cuando no es clandestina y es conocida o puede ser conocida no sólo por el titular del derecho real contra quien se usucape, sino también por todos los terceros. Y, es continua cuando la posesión se extiende durante todo el tiempo necesario para la prescripción de que se trate, lo que implica la realización de actos posesorios en forma sucesiva durante el tiempo requerido por la ley¹⁴⁷.

En el régimen vigente, como se dijo, resulta claro que el carácter ostensible excluye —por definición— toda posibilidad de una posesión clandestina.

¹⁴⁴ CSJN, “Glastra, SAC. e I. c/ Estado Nacional y otros” del 07/09/93. Disponible en www.sajj.gob.ar. ID: SUA0027110.

¹⁴⁵ CNCiv. Sala G “Díaz, Antonia y otro c/ Giovinazzo, Ernesto Andrés y otros s/Prescripción adquisitiva”, del 17/4/2013, publicado en Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 2013-E, pág. 385.

¹⁴⁶ CNCiv. Sala J “Orellana Víctor Máximo c/ Naum Jirala Jure” del 7/12/2010, publicado en Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 2011-B, pág. 457.

¹⁴⁷ Dicho criterio surge de extracto del fallo de la Cam. Civ. y Com. Sala Civil, Salta “Soriano, Leopoldo Alberto Vs. Gutiérrez, Teodora Dominga” del 16/02/2016. Disponible en www.sajj.gob.ar, ID: SUS0009901.

También existe una presunción de continuidad que facilita la prueba del ejercicio de la posesión durante el tiempo intermedio (art. 1930). Sin embargo, la ley nada dice acerca de la ausencia de violencia en la posesión del prescribiente, paradigmático vicio que ha sido objeto de histórica repulsa por todas las legislaciones de origen romano. De esta manera, debió también requerirse que la posesión sea pacífica (De Los Mozos, 1962).

Dicho ello, sin dudas, se debe acreditar la posesión conforme lo establecido en los párrafos que preceden y esta debe ser ostensible y continúa por el plazo determinado por la ley, es decir, 10 años. La ausencia de estos provocaría el rechazo de la demanda y/o excepción.

Este plazo, en la prescripción breve, comienza desde el otorgamiento de la escritura de regularización dominial y su inscripción marca el inicio, sin perjuicio de las acciones que correspondan a los titulares dominiales¹⁴⁸.

Por último, es dable destacar que, por definición, en la prescripción breve, la exigencia de buena fe en la posesión excluye toda posibilidad de violencia en su origen. No obstante, es evidente que en la prescripción larga, en los casos en que ha mediado violencia en el acto de adquisición, el plazo no puede comenzar a correr hasta que ella no haya cesado. Este criterio fue receptado por la opinión mayoritaria de la Comisión de Derechos Reales de XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, al concluir: que “[m]ientras se mantenga el estado de violencia, no comienza a correr el plazo de la prescripción”, postergando la postura minoritaria, que sostiene que el plazo resulta útil desde el mismo momento del despojo, sin importar si la situación de violencia subsiste o no (De Rosa, 2020).

3- Recaudos específicos

La prescripción breve presupone la existencia de una transmisión aparentemente eficaz, basada en un título objetivamente suficiente, con aptitud para determinar la constitución de un derecho real, que se frustra por emanar de un *non domino* o de un incapaz. Esta clase de prescripción, también denominada “ordinaria”, se caracteriza porque, en esencia, está destinada a cubrir la falta de derecho del autor de la transmisión (De Rosa, 2020).

¹⁴⁸ Véase al respecto causas: CCyC. San Martín “Ruffino, Catalina Dora C/ Cauchich, Juan Alberto Y Otros” del 27/11/2014; CCyC Sala 2 Morón, “Crédito Edificador y Pavimentador S.A. c/Arguello Roberto y Otros” del 14/05/2009. Ambas disponibles en <https://mev.scba.gov.ar/>.

En tal sentido, de acuerdo con el art. 1898 del Cód. Civ. y Com., “[l]a *prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años*”.

Del citado artículo surgen claramente los dos recaudos específicos, que desarrollaremos a continuación.

3.1.- *Justo título*

En relación al justo título se ha dicho que tiene su relación con la función legitimadora de la adquisición dominial y esa es la razón por la cual no cualquier título es admitido para dar fundamento a la abreviación de plazos (Espín Cánovas, 1968).

Por ello, es que quedan fuera los títulos putativos (que no es un verdadero título, ya que no se aplica a la cosa poseída), como así los títulos nulos por defecto de forma (art. 1902 Cód. Civ. y Com.) y aquellos nulos por no estar revestidos por las solemnidades exigidas por la ley (arts. 285, 309, del Cód. Civ. y Com.).

Entonces, explica Moisset de Espanés, la prescripción decenal es una forma de adquisición a “non dominio”; el adquirente goza de título y modo. El título está revestido de todas las solemnidades necesarias, y la tradición se ha efectuado. ¿Qué falta entonces? Nada más, ni nada menos, que la calidad de propietario en el enajenante (1968:212/213).

El acto debe, en consecuencia, tener por objeto transferir la propiedad, y para que sea justo, es menester que esté revestido de las formalidades exigidas para su validez¹⁴⁹.

En tal sentido, el Código Civil y Comercial dispone: “[e]l *justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto*” (art. 1902).

Para esta definición, el Código vigente adopta un criterio amplio, abarcador de dos situaciones diferentes: a) la falta de capacidad del disponente; y b) la falta de legitimación o de derecho en el autor. De este modo, al hacer

¹⁴⁹ CNCom, Sala B, “Vallejo, Gustavo c/ Miret, Jose” del 30/11/2006. Disponible en: <https://aridm.home.blog/2010/02/15/cncom-sala-b-30112006-vallejo-gustavo-v-miret-jose-prescripcion-adquisitiva/>

explícita referencia a la ausencia de capacidad, se ha conferido a la prescripción breve una función saneadora que en el Código Civil derogado parecía no tener, pero que se había abierto camino y obtenido carta de ciudadanía a partir de la interpretación de sus textos por parte de algunos de sus comentaristas clásicos, postura que encontraba sustento en la nota de Vélez Sarsfield al art. 4007 y en las ideas de su fuente: Pothier. (De Rosa, 2020)

En este orden de ideas, De Rosa (2020), nos dice que el justo título, para ser tal, debe reunir ciertos requisitos: 1) Sustancialmente idóneo: la idoneidad del título apunta a la sustancia del acto, desde que debe tratarse de un acto jurídico que tiene por fin inmediato la transmisión de la propiedad o la constitución de un derecho real principal; 2) Formalmente suficiente: el art. 1902 del Cód. Civ. y Com. exige que el justo título esté revestido de todas las formas o solemnidades exigidas para su validez, atendiendo a la naturaleza de la cosa que se transmite y a la índole del acto que instrumenta. En otras palabras, debe tratarse de un título formalmente impecable. 3) Verdadero: este recaudo estaba explícitamente consagrado en el art. 4011 del Cód. Civil derogado, al establecer: *“El título debe ser verdadero, y aplicado en realidad al inmueble poseído. El título putativo no es suficiente, cualesquiera que sean los fundamentos del poseedor para creer que tenía un título suficiente”*; 4) Probado: el justo título no se presume; debe ser probado; 5) Inscripto: cuando la prescripción breve tiene por objeto la adquisición de cosas inmuebles o muebles registrables, la ley vigente exige — con buen criterio— que el justo título se encuentre inscripto, porque *“el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título”* (art. 1898, in fine, Cód. Civ. y Com.).

3.1.1.-Algunos supuestos particulares

Históricamente, hubo debates doctrinarios y jurisprudenciales en torno al justo título, al boleto de compraventa y a otros instrumentos celebrados en índole privada.

Luego de la reforma de la ley 17.711, se agrega al art. 2355 la siguiente concepción *“se consideraba legítima la adquisición de la posesión de inmueble de buena fe, mediando boleto de compraventa”*. Ello dio lugar a que algunos autores (Borda, 1975) y jurisprudencia¹⁵⁰ consideran que el boleto de compraventa constituía justo título en los términos requeridos para la procedencia de la usucapión breve.

¹⁵⁰ CNCiv. Sala E, “Gonzalez Alberto”, del 21/10/1977, JA 1979-II-3, voto en disidencia Dr. Fliess.

La jurisprudencia ha dicho que no es justo título el contrato de cesión de derechos y obligaciones sobre un lote que se pretende usucapir, toda vez que no cumple con los recaudos exigidos por la ley¹⁵¹. En el pronunciamiento citado, también se citan antecedentes del mismo órgano jurisdiccional en idéntico sentido¹⁵².

Por el contrario, en supuestos como los mencionados, los contratos de cesión o boleto de compraventa, son acuerdos entre privados, por lo que podrán únicamente ser invocados entre los particulares y en su caso, como prueba para adquirir el dominio por usucapión larga (Mariani De Vidal, 2012).

Véase que en esa misma línea se ha dicho también que la prescripción corta no resultaría aplicable cuando se basa en la existencia de un boleto de compraventa, pues éste no está revestido de las formalidades exigidas para la validez del acto, y por consiguiente, no sirve para una adquisición a *non domino* que necesite purgarse por el tiempo¹⁵³.

La jurisprudencia cordobesa ha dicho que “[l]a invocación de un boleto de compraventa no confiere a los apelantes la portación de un justo título pues éste es un título que está revestido de las solemnidades exigidas por la ley, pero presenta algunos defectos o vicios, por lo que no debe confundirse con el título perfecto, ni con el título putativo; el título perfecto, emanado del verdadero propietario, y sin ningún defecto de forma, ni de fondo, unido a la tradición de la cosa, transmite plenamente el derecho real, y por tanto resulta innecesario recurrir a la prescripción decenal para consolidar el derecho del adquirente. CCiv. y Com. Córdoba, sala 4ª; 3/10/2008, Lexis N° 1/ 70050875” (Medina, 2015: 246).

151 CNCom. Sala A, “Conyot SACIFIA s/ quiebra – incidente de escrituración por Raffo Alejo César”, 05/ 05/ 2015 cita MJ-JU-M-93332-A R.

152 CNCom, Sala C, “Braga, María c/ Nogoya SACIF”, del 19/02/82 y CNCom, Sala C, “Obra, Diaz Velez SAC s/ quiebra s/ inc. De desocupación por Reinaudo, Antonia”, del 23/10/86. Citados en CNCom, Sala A, “Conyot SACIFIA s/ quiebra – incidente de escrituración por Raffo Alejo César” 15/05/2015. Cita: MJ-JU-M-93332-AR Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/10/la-prescripcion-corta-con-justo-titulo-y-buena-fe-no-es-aplicable-cuando-se-basa-en-la-existencia-de-un-contrato-de-cesion-de-derechos/>

153 Conf. CNCom, Sala C, “Gofanovich Baron Hector c/Isidoro Natanson” 10/9/84. Jurisprudencia citada en los autos CNCom. Sala A, “Conyot SACIFIA s/ quiebra – incidente de escrituración por Raffo Alejo César”, 05/ 05/ 2015, cita MJ-JU-M-93332-A R.

3.2- Buena fe

El principio de buena fe se encuentra mencionado por primera vez al inicio del Cód. Civ. y Com. en el art. 9 en torno al ejercicio de todos los derechos.

Puntualmente, la usucapión breve requiere una buena fe especial, la que implica el desconocimiento del vicio al momento de la celebración del acto. Aún más, el art. 1902 3º párrafo, de la normativa citada establece: “*Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial*”.

Suele definirse a la buena fe del poseedor como la conciencia de adquirir la posesión legítimamente. Esta fórmula tradicional se asemeja a la que empleaba el Código Civil de Vélez Sarsfield en su art. 2356, al describirla como: “*estar persuadido de la legitimidad de la posesión*”. El Código Civil y Comercial reitera, prácticamente a la letra, en el párrafo final del art. 1918 (De Rosa, 2020).

Para la prescripción breve, el Código derogado establecía que la buena fe consistía en “la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa”, convicción que se basaba en un “error de hecho, esencial y excusable” que la justifique. En el esquema actual, más allá de la presunción genérica de buena fe (art. 1919), el poseedor “no conoce, ni puede conocer que carece de derecho” (art. 1902).

En rigor, la buena fe-creencia del poseedor se basa en la confianza que inspira la apariencia de una enajenación objetivamente ajustada a derecho, basada en un título, y comprende: 1) La suficiencia del título que invoca, extrínsecamente incuestionable; 2) La virtualidad e integridad del derecho de su autor y su aptitud para transmitir. En otras palabras, en lo concerniente a la persona del transmitente, la buena fe debe consistir “*en creer que aquel de quien se recibe la cosa, es dueño y puede enajenarla*”¹⁵⁴, y es suficiente que tal creencia exista en el momento de la adquisición de la posesión (art. 1920, Cód. Civ. y Com.) (De Rosa, 2020).

¹⁵⁴ La nota de Vélez Sarsfield al art. 4006 del Código Civil derogado: dice “*La ley de Partidas dice que la buena fe consiste en creer que aquél de quien se recibe la cosa, es dueño y puede enajenarla, “que crea que aquél de quien la ovo que era suya, e que avia poder de la enajenar” (L. 9, tít. 29, Part. 3ª). Decimos sin “duda alguna”. VOET enseña que no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era o no señor de la cosa, y tenía o no el derecho de enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe. Lo mismo TROPLONG, núm. 927 y, principalmente DURANTON, t. 21, núm. 386*”.

La creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa, supone una triple creencia: que el enajenante era el verdadero dueño del inmueble, que aquel tenía capacidad para transmitirlo y que el título de adquisición no adolecía de vicio alguno. Esta triple creencia, que es el sustento de la buena fe, existe cuando no media ignorancia, ni negligencia culpable, ni error de derecho, ni título ilegítimo o afectado por vicios de forma visibles y extrínsecos, ni transmisión carente de las formalidades exigidas por ley, ni posesión fundada únicamente en un título proheredero (Díaz de Guijarro, 1943).

No obstante, cuando se trata de cosas registrables, *“la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial”* (art. 1902), porque solo mediante tales diligencias puede alcanzarse tal convicción.

El *“examen previo de la documentación y constancias registrales”* que menciona el art. 1902 del Cód. Civ. y Com. —que no se encontraba en el art. 4006, que regulaba la buena fe para la prescripción breve en el Código Civil— requiere necesariamente que el adquirente de un inmueble verifique que la identidad del transmitente coincide con la de quien figura como titular en el registro inmobiliario (pues no habrá buena fe si quien transmite no está inscrito como titular del derecho real), aunque esa constatación por sí sola no es suficiente para justificar la buena fe. (Zelaya, 2019).

En síntesis, la ley 26.994 ha incorporado este último párrafo que agrega una severidad mayor a la buena fe requerida para la procedencia de esta acción. Entendemos que es totalmente lógico y que tiene su fundamento en la seguridad jurídica, ya que quien pretende beneficiarse de este instituto debe haber tomado todos los recaudos necesarios para asegurarse que quien se encuentra transmitiendo el derecho real, es realmente el verdadero propietario.

4.- Conclusiones

La prescripción está vinculada en sus dos expresiones al valor “seguridad jurídica”, en la medida en que permite atribuir firmeza a situaciones jurídicas inciertas, que terminan por consolidarse o adquirir verdadera estirpe de derecho mediante el transcurso del tiempo. Como lo expresara Hedemann, se trata de la puesta en práctica de *“una manifestación atávica del sentir de la Humanidad: el tiempo todo lo sana”* (1955: 196).

En este orden de ideas, respecto de las claudicantes transmisiones a non domino, la usucapión parece tener idoneidad para rescatarlas a la vida jurí-

dica¹⁵⁵, operatividad que ya encontraba indudable sustento normativo en el poco recordado art. 3273 del Código derogado, que decía: “*Se puede adquirir por prescripción la propiedad de un inmueble, aunque el carácter de la posesión de aquel de quien se tiene, no le permitiese adquirirla de esa manera*”. El Código Civil y Comercial no reproduce este texto, aunque pensamos que no por ello tales conceptos han perdido vigencia.

La escasez de pronunciamientos judiciales no debe extrañarnos, pues la prescripción decenal, en la práctica, sólo se opone como excepción. En efecto, el poseedor que goza de un título revestido de todas las formalidades, y de buena fe, nada tiene que agregar a su situación jurídica, salvo que aparezca el verdadero propietario e intente una reivindicación. En tal caso esgrimirá la prescripción adquisitiva de plazo reducido como defensa. Incluso para tener buena fe él debe haber ignorado que quien le otorgó el título no era verdadero propietario (Moisset De Espanés, 1979).

En algunos supuestos, como por ejemplo en la nulidad por falta de capacidad, el título se perfeccionaría al momento en que prescribe dicha acción ya que es más breve que los 10 años previstos para la prescripción abreviada¹⁵⁶.

El paso del tiempo y estas cuestiones particulares, como reseña el autor citado ya por la década del 70, nos ponen de manifiesto que estas acciones son muy escasas.

Entendemos que quien pretenda iniciar una acción de este estilo y no una excepción, deberá acreditar fehacientemente la buena fe. Cuestión que no será menor, toda vez que interponer una prescripción breve implica conocer que el título adolece de un defecto. En sí, se estaría cuestionando que quien le transmitió el derecho real no estaba legitimado o no era capaz.

Por ello, deberá probar que tomó conocimiento con posterioridad a la celebración del acto y la falta de demostración de ello, sin dudas provocaría el rechazo de la acción.

Por último queremos destacar que coincidimos con Mariani de Vidal al decir que “*El efecto de la prescripción breve es consolidar la adquisición hecha, poniendo al*

¹⁵⁵ La nota de Vélez Sarsfield al art. 4016 del Código Civil derogado afirma este concepto, al expresar: “Troplong dice: Nada puede escapar al imperio de esta prescripción: ella excluye todo favor y todo privilegio, y se extiende sobre todos los derechos”. Lamentablemente, el esquema dado al instituto de la prescripción larga por el Código Civil y Comercial no parece haber receptado este criterio saneatorio, al no asignarle efectos retroactivos a la sentencia declarativa de la prescripción (art. 1905), debilitando su función probatoria del derecho real.

¹⁵⁶ Ver *in extenso* nota n° 4, Moisset de Espanés (1979).

que la ha obtenido al abrigo de toda acción de reivindicación, por lo tanto, la prescripción breve no es rigurosamente de adquirir: la cosa ya está adquirida con justo título y buena fe.” (2004: 353).

Bibliografía

Areán, Beatriz A., (2007) *“Juicio de usucapión”*, 5ª Ed., Hammurabi: Buenos Aires.

Borda, Guillermo A., (1975), *“Derechos Reales”*, Ed. Perrot: Buenos Aires.

De Los Mozos, J. L., (1962), “Tutela interdictal de la posesión”, en *Revista de Derecho Privado*.

De Rosa, Carlos A., (2020) *“Las adquisiciones a non dominio y el justo título para la prescripción breve”*, en *La Ley*. 14/10/2020.

Díaz De Guijarro Enrique, (1943), *“La apreciación de la buena fe en la usucapión decenal”*, en *JA* 1943-IV-322.

Diez Picazo Luis y Guillón Antonio, (1974) *“Instituciones de derecho civil”*, Ed Tecnos: Madrid.

Espín Cánovas, Diego, (1968), *“Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión.”*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

Gurfinkel de Wendy, Lilian, (2012), *“Summa de Derechos Reales”*, Abeledo Perrot: Buenos Aires.

Hedemann, J. W., (1955), *“Tratado de derecho civil”*, Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid.

Mariani De Vidal, Marina, (2004), *“Curso de derechos reales”*, 8va. Edición, Zavalia: Buenos Aires.

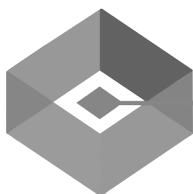
Mariani De Vidal, Marina, (2012), *“El poseedor en virtud del boleto de compraventa”*, en *La Ley*. 141- 941

Medina, Graciela, (2015), *“Código Civil y Comercial de la Nación comentado”*, *La Ley*: Buenos Aires.

Moisset De Espanés, Luis, (1979), *“Prescripción adquisitiva decenal. Justo título y boleto de compraventa”*, *JA* 1979-II-4.

Zelaya, Mario A., (2019), *“La carga de cumplir con el estudio de títulos para configurar la buena fe en la prescripción breve”*, en La Ley 27/ 12/ 2019.

Los tratados de la OIT y el pago en forma de renta derivado de accidentes de trabajo u enfermedades profesionales



Santiago Girado

(UNICEN)

Resumen

Ocioso resulta hacer un pormenorizado análisis de los embates que, desde su entrada en vigor allá por el año 1995, ha recibido nuestra Ley de Riesgos de Trabajo.- Abusando de generalizaciones, tres han sido los fallos de nuestro mas Alto Tribunal Nacional que han golpeado la línea de flotación del sistema: “Aquino”, “Castillo” y “Milone”.

No obstante, a los fines de la presente reflexión, nos interesa la doctrina del fallo “Milone Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”¹⁵⁷, mediante la cual se decretara la inconstitucionalidad del art. 14.2.b de la LRT que imponía el pago en forma de renta de aquellas indemnizaciones que la doctrina suele clasificar como “graves”, por incapacidad absoluta y por fallecimiento. La doctrina del fallo fue destinataria de tal acatamiento (equivocado, en algunos casos, a juicio de quien suscribe) que provocó una reacción, adelanto, indeseada: el art. 17 inc. 1º de la Ley 26.773.

Como veremos al abordar el tema, la crítica que la Corte Nacional hacía en Milone, anidaba en la ausencia de **opciones** (y aquí un dato a retener) a favor del trabajador accidentado. Justamente, el art. 14.2.b *imponía* el pago en forma de renta periódica, sin dejar opción alguna al trabajador, que, víctima de un infortunio laboral padece una incapacidad grave u absoluta.

¹⁵⁷ CSJN –“Milone Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo” del 26/10/2004, en Fallos: 327:4607 .

Me ocuparé entonces de abordar el tema desde el Derecho Internacional Privado del Trabajo, cotejando la normativa interna con la internacional (puntualmente los convenios de la OIT), en aras de evaluar el respeto de una hacia la otra (y sus respectivas jerarquías). Para ello, será necesario abordar los efectos del proceso de ratificación de tratados, en sus distintas etapas.

Todo ello con el objetivo de analizar si la solución prevista a partir de la Ley 26.773 (con una idea de aggiornamiento normativo a los embates jurisprudenciales) resulta respetuosa a) de la norma internacional; b) de los Derechos y Garantías de los Trabajadores y sus Derechohabientes; c) de los objetivos y fines perseguidos que la Ley de Riesgos del Trabajo procuraba alcanzar desde su entrada en vigencia.

1.-Un punto de partida: La ley 24.557 y el fallo Milone

En su redacción, tras el decreto de necesidad y urgencia 1278 del año 2000, el art. 14 apartado 2, inc. “b” rezaba:

“(...) b) Cuando el porcentaje de incapacidad sea superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), una Renta Periódica —contratada en los términos de esta ley— cuya cuantía será igual al valor mensual del ingreso base multiplicado por el porcentaje de incapacidad. Esta prestación está sujeta a la retención de aportes de la Seguridad Social y contribuciones para asignaciones familiares hasta que el damnificado se encuentre en condiciones de acceder a la jubilación por cualquier causa. El valor actual esperado de la renta periódica en ningún caso será superior a pesos ciento ochenta mil (\$ 180.000). Deberá asimismo adicionarse la prestación complementaria prevista en el artículo 11, apartado cuarto de la presente ley”.

Similar solución (renta) se ensayaba para los casos de incapacidad absoluta (art. 15 apartado 2) y fallecimiento del trabajador (art. 15 ap. 2 por remisión del art. 18 apartado 1).

El capital determinado en la fórmula prevista por la ley, sería administrado por una compañía de seguros de retiro, quien toma a su cargo la administración del capital y pago de la renta.

El proceso inflacionario de nuestro país desde fines de la década de los noventa (acentuado gravemente desde el inicio del siglo en curso) provocó

duros embates jurisprudenciales contra la norma, puntualmente en lo que nos interesa, con relación al pago en forma de renta.

En el año 2004, la Corte reprochó la norma que nos ocupa en los autos “Milone Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente”. Entre sus principales argumentos, señaló:

“Que, en este orden de ideas, no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que el medio elegido para satisfacer la única reparación dineraria, vale decir, el régimen indemnizatorio de renta periódica, dado su antes indicado carácter absoluto, puede conducir a resultados opuestos a los “objetivos” legales a los que debe servir, y a un apartamiento de la tendencia a aproximarse a las ‘efectivas necesidades que experimentan los damnificados’”;

“(…) Asimismo, particular importancia cobra el Convenio 17 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1925, ratificado por nuestro país, y que tiene jerarquía superior a las leyes (Constitución Nacional, art. 75.22), puesto que, si bien dispone el pago de la indemnización ‘en forma de renta’, como lo afirma la recurrente, no deja de prever la posibilidad del pago ‘en forma de capital’ (art. 5), circunstancia que silencia esta última al transcribir el precepto de manera parcial”;

“(…) Que, desde otra perspectiva, está fuera de toda duda que una discapacidad, sobre todo de las comprendidas por el art. 14.2.b, repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 315:2834, 2848, considerando 12, entre muchos otros). Un trance de tanta gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador y, en su caso, a la familia de éste a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo. Es precisamente por ello que el medio reparador, de ser inadecuado, puede añadir a la mentada frustración, una nueva, tal como sucede con el sistema originariamente previsto por la LRT. En efecto, esta última reduce drásticamente el universo de opciones que le permitirían al trabajador reformular dicho proyecto. Por su carácter, el art. 14.2.b impide absolutamente las alternativas realizables mediante una indemnización de pago único, aun cuando

fueran más favorables a la víctima, la que deberá contentarse con escoger dentro del marco más que estrecho que le impone la renta. De tal manera, y si bien cabe descartar que sea un fin querido por el legislador, lo decisivo es que el ámbito de libertad constitucionalmente protegido en el que se inserta el proyecto de vida, es objeto de una injerencia reglamentaria irrazonable al no encontrar sustento en ningún fin tutelar legítimo”;

“(…) 8º) Que, por otra parte, el sistema de pura renta periódica regulado por el original art. 14.2.b, importa un tratamiento discriminatorio para los damnificados víctimas de las incapacidades más severas (superiores al 20% e inferiores al 66%) en tanto a quienes sufren una minusvalía de rango inferior les reconoce una indemnización de pago único (art. 14.2.a, ley citada), distinción que no se compadece con la atención de las necesidades impostergables de las víctimas más afectadas por la incapacidad, desnaturalizándose por esa vía la finalidad protectoria de la ley (Constitución Nacional, arts. 16 y 75, inc. 23)”

“9º) Que, en suma, aun cuando la LRT (art. 14.2.b) no resulta censurable desde el plano constitucional por establecer como regla, para determinadas incapacidades, que la reparación dineraria sea satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora del aludido reproche, de acuerdo con la jurisprudencia que ha sido citada en el considerando 4º, por no establecer excepción alguna para supuestos como el sub examine, en que el criterio legal no se adecua al objetivo reparador cuya realización se procura. Frente a tales circunstancias, además, la norma consagra una solución incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor (art. 14 bis cit.), al paso que mortifica el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida, e introduce un trato discriminatorio”.

La sentencia golpeó la línea de flotación del pago en forma de renta periódica. Desde “Milone”, casi con unanimidad la jurisprudencia comenzó a declarar la inconstitucionalidad del sistema de renta, llevando a las aseguradoras de riesgos del trabajo a iniciar consignaciones en aras de liberarse de su eventual obligación desnaturalizada. Afirmaba Horacio Schick (2014): “(…) El artículo 2º de la ley 26.773 establece que el principio general indemnizatorio es el del pago único; derogándose hacia el futuro el pago en forma de renta de las indemnizaciones de

las incapacidades superiores al 50% de la total obrera, y la muerte. Este criterio ya estaba impuesto por la jurisprudencia y se había convertido en voluntario para los trabajadores, porque al que lo reclamaba le era concedido por los tribunales”.

Previo a continuar, debo señalar que el accidente de Milone tuvo lugar antes del DNU 1278/00, por lo que las prestaciones adicionales de pago único (para los casos de incapacidades graves, totales y fallecimiento) no se encontraban vigentes, punto este merecedor de algún análisis mas allá de la escueta referencia que la CSJN dejó asentada en el fallo.

2.-¿Aggiornamento? Legislativo: La ley 26.773

Tras años de eliminación “pretoriana” del pago en forma de renta, la Ley 26.773 pretendió ajustar la LRT a los tres embates jurisprudenciales mayores contenidos en los fallos “Aquino”, “Castillo” y “Milone”.

En lo que nos interesa, el art. 17 inciso primero del cuerpo legal prescribe: “Deróganse los artículos 19, 24 y los incisos 1, 2 y 3 del artículo 39 de la ley 24.557 y sus modificatorias. Las prestaciones indemnizatorias dinerarias de renta periódica, previstas en la citada norma, quedan transformadas en prestaciones indemnizatorias de pago único, con excepción de las prestaciones en ejecución.”

Tal el celebrado¹⁵⁸ fin del pago en forma de renta periódica.

No obstante, creo que la solución no resulta ajustada al derecho supra legal, siendo disvaliosa en contraste con el bien jurídico tutelado.

Así como es dable afirmar que el pago en forma de renta se ve afectado por el proceso inflacionario y los vaivenes económicos, no es menos cierto que el mismo argumento bisagra puede emplearse para justificar, precisamente, el pago en forma de renta.

Ante incapacidades graves (que, en nuestro país dificultan con mayor énfasis el acceso al trabajo dependiente), absolutas o derivadas del fallecimiento, resulta desaconsejable -a mi juicio- que el trabajador o sus derechohabientes perciban sin más grandes sumas de dinero (sustitutivas de la pérdida de ingresos) que deberán administrar a lo largo de años.- Suele afirmarse (en otro contexto, claro) que el trabajador no es un inversor financiero: ello con más énfasis cuando el crédito encuentra su causa fuente en una grave y permanente disminución de su capacidad laborativa o en el fallecimiento.

¹⁵⁸ Sobre el punto, véase: Carcavallo, 2012:279

El proceso inflacionario importa la pérdida del valor adquisitivo de la indemnización percibida por el trabajador o sus derechohabientes quienes, a partir de su cobro, deberán evaluar las opciones brindadas por el mercado en defensa de la representatividad de ese capital; todo en aras de prolongarla por un no escueto lapso temporal. Una mala decisión podría devenir en la pérdida total de aquello con lo que el trabajador debía procurar su sustento en un plazo que se cuenta, seguramente, en años.

La renta periódica importaba la administración de ese capital por un ente “idóneo” (aun cuando lo hiciera con fines de lucro) que se obligaba a administrarlo dentro de ciertos límites y garantías, pagando una renta periódica tendiente a sustituir el ingreso perdido.- La intención del legislador fue buena, a pesar de que el fin no se lograra en cuanto el proceso inflacionario y la falta de resortes que garantizaran al trabajador el mantenimiento del poder adquisitivo de la renta, provocaran su fracaso. No obstante, creo que ello no autoriza sin más a la adopción de una medida como la propuesta por la Ley 26.773.

3.- Los convenios 17 y 102 de la Organización Internacional del Trabajo

El convenio 17 de la OIT (ratificado por nuestro país en 1950) contiene como regla general el pago en forma de renta.- Su texto auténtico reza:

“The compensation payable to the injured workman, or his dependants, where permanent incapacity or death results from the injury, shall be paid in the form of periodical payments; provided that it may be wholly or partially paid in a lump sum, if the competent authority is satisfied that it will be properly utilised”.

Empleamos el idioma auténtico ya que su traducción al español cambia el sentido de la norma hacia otro que, en puridad, no resulta comprensible.

En “Milone” la Corte advirtió que el Convenio 17 erige una opción que permite al trabajador percibir el capital en un único pago. Textualmente:

“Asimismo, particular importancia cobra el Convenio 17 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1925, ratificado por nuestro país, y que tiene jerarquía superior a las leyes (Constitución Nacional, art. 75.22), puesto que, si bien dispone el pago de la indemnización ‘en forma de renta’, como lo afirma

la recurrente, no deja de prever la posibilidad del pago ‘en forma de capital’ (art. 5), circunstancia que silencia esta última al transcribir el precepto de manera parcial”.

Empero, el alto tribunal pareciera incurrir en la misma omisión consciente que reprocha a la demandada: si bien la opción al pago único (total o parcial) está consagrada en la norma transcripta supra, no es menos cierto que ello no depende puramente de la voluntad del trabajador. En la misma inteligencia que apuntara más arriba (el trabajador no es un inversor financiero), la norma sujeta la opción de pago íntegro en forma total o parcial, a la conformidad por el Estado (es decir, la autoridad estatal competente) previa demostración de que será utilizado en forma razonable (*provided that it may be wholly or partially paid in a lump sum, if the competent authority is satisfied that it will be properly utilised*).

El Estado entonces asume una obligación de asistencia y contralor que procura nada menos que una correcta y propia administración del capital con que el trabajador deberá propinarse el sustento ante la incapacidad de generar ingreso.

El DNU 1278/00 se había integrado respetuosamente con la norma internacional, al incorporar un pago único que bien puede atribuirse al pago parcial al que refiere el art. 5º del Convenio 17 de la OIT. Así, durante la vigencia del pago en forma de renta, el trabajador percibía parte del capital indemnizatorio (proveniente de la sustitución de ingresos) en un único pago, quedando garantizado su ingreso en forma de renta proveniente de la administración de su saldo.

El sistema resultaría más justo desde la óptica internacional si, en lugar de derogar la renta periódica, se la hubiese mantenido en paridad con la indemnización del art. 3 de la Ley 26.773 en forma de pago único, con más los pagos únicos actualizados por RIPTE. Asimismo, podría preverse un mecanismo de actualización de la renta vitalicia administrada por el Estado (o por entidades privadas, salvando la opinión crítica que de ello pueda hacerse y que excede al presente trabajo) que la indexe, siendo poco atendible que ello resulte admisible para un cánón locativo (Ley 27.551) pero no para un crédito de fuente supra legal.

Continuando con normas internacionales, debemos traer a colación el artículo 36 de Convenio 102 de la OIT llamado “Norma mínima sobre la Seguridad Social”:

*“ 1. In respect of incapacity for work, total loss of earning capacity likely to be permanent or corresponding loss of faculty, or the death of the breadwinner, the benefit shall be a **periodical payment** calculated in such a manner as to comply either with the requirements of Article 65 or with the requirements of Article 66.*

*2. In case of partial loss of earning capacity likely to be permanent, or corresponding loss of faculty, the benefit, where payable, shall be a **periodical payment** representing a suitable proportion of that specified for total loss of earning capacity or corresponding loss of faculty.*

3. The periodical payment may be commuted for a lump sum--

(a) where the degree of incapacity is slight; or

(b) where the competent authority is satisfied that the lump sum will be properly utilised”.

Cincuenta años más tarde, la OIT ratifica el criterio del Convenio 17 vi-
vificando la regla de pago en forma de renta periódica, con dos excepciones:
a) cuando el grado de incapacidad sea leve o; b) cuando la autoridad compe-
tente (el Estado, tratándose de prestaciones de la Seguridad Social) de su visto
bueno sobre el modo en que el capital será utilizado.

La finalidad resulta clara: el trabajador debe ser destinatario de asisten-
cia y apoyo en el empleo de una suma que proviene nada menos, que de su
incapacidad de trabajar. El correlato no es baladí: quien ha perdido su fuerza
de trabajo (por el trabajo a favor de otro), carece de los medios para propinar
para sí y para su familia aquellos medios necesarios para la subsistencia. La in-
demnización por la pérdida de capacidad laborativa derivada de un accidente
de trabajo u enfermedad profesional no es una suma cualquiera, sino que es
recipiendaria de la más alta tutela constitucional a la que están obligados los
Estados parte de la OIT (art. 11 Convenio 17 OIT).

4.- ¿Es válida la eliminación del pago en forma de renta periódica introducida por la Ley 26.773?

A través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional sabemos que los Convenios de la OIT ratificados por Argentina, tienen jerarquía superior a las leyes.

La ratificación, una vez completada, obliga a los Estados “hacia afuera”, es decir, internacionalmente, por lo que de su cumplimiento estará pendiente la comunidad internacional en su conjunto.

Dentro de este proceso de ratificación, el Congreso de la Nación tiene la potestad de aprobar o desechar los tratados negociados y firmados por el Poder Ejecutivo. Si bien la “aprobación” del tratado es parte del proceso general de ratificación, ello no significa que no provoque efectos con relación al Derecho interno.

En los autos “Pinturas y revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra”¹⁵⁹ nuestro más Alto Tribunal Nacional clarificó las consecuencias de la aprobación por el Poder Legislativo de un Tratado:

“Tal argumentación resulta claramente contraria al criterio que emana, entre otros, de los precedentes de esta Corte “Pérez” (Fallos: 332:2043), “Fermin” (Fallos: 331:1664) y “Milone” (Fallos: 327:4607) en los cuales las normas contenidas en diversos convenios de la OIT, ratificados por el legislador nacional, fueron decisivas para la resolución de las controversias planteadas. Cabe recordar que en el tercero de los casos mencionados, el Tribunal puso especialmente de relieve que los referidos instrumentos internacionales, en tanto hayan obtenido la ratificación legislativa, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el arto 75, inc. 22 de la Constitución Nacional confiere un rango superior al de las leyes” y continúa “... Como puede apreciarse, las claras directivas contenidas en la norma respecto del alcance de la protección que debe otorgarse al crédito laboral ante un supuesto de insolvencia del empleador, no son de carácter meramente programático sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad. Con la ratificación por el Congreso del Convenio n° 173 de la OIT, mediante la citada ley 24.285, sus normas se in-

¹⁵⁹ CSJN, “Pinturas y revestimientos aplicados SA” del 26/03/14, en fallos 337; 315

corporaron al sistema jurídico argentino, con un rango superior al de las leyes (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) lo que determinó el desplazamiento de las pautas legales vigentes hasta ese momento. que se opusiesen o no se ajustasen a ellas”.

Si bien la Corte se refiere a la “ratificación” legislativa, se trata de un simple error interpretativo en cuanto las facultades del Poder Legislativo se limitan a “aprobar o desechar” los tratados firmados por el Poder Ejecutivo. En suma, aprobado un tratado por el Congreso, obtenga o no ratificación, su texto adquiere plena vigencia interna con jerarquía superior a las leyes.

Tal entonces la calidad que ostentan los convenios 17 y 102 de la OIT. El segundo de ellos es de reciente aprobación por el Congreso de la Nación mediante la Ley 26.678. Desde mayo del año 2011 el convenio forma parte de nuestro derecho interno, obligando al Estado Nacional respecto de los trabajadores, así como a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo quienes, acéptese o no, administran con fin de lucro parte de la Seguridad Social Estatal¹⁶⁰.

Como suele ocurrir, pocas veces los extremos aportan aquella solución valiosa desde la justicia distributiva que tan bien ejercía aquel Roque Guinart que Cervantes ilustraba en su Quijote. De un sistema cerrado que prohibía todo pago que no fuera en forma de renta periódica, a otro igualmente cerrado que la prohíbe. En medio, el trabajador que poco y nada tiene de inversor financiero.

Ninguna de las soluciones adoptadas en nuestro país resulta ajustada a los convenios que integran nuestro derecho interno en jerarquía supra legal. El sistema cerrado de renta periódica es tan inconventional como aquel de pago único que deja al trabajador o sus derechohabientes a merced de una economía inestable como la de nuestro país.

Va de suyo que la solución adoptada por la Ley 26.773 peca de incoherente al mantener incluso las sumas de pago único incorporadas por el Dec. 1278/00 cuando, en puridad, ahora la totalidad de la indemnización es abonada de la misma manera. Probablemente, el error responde a una sumatoria de deficiencias legislativas, que redundan en “parches” cuya acumulación restan coherencia al sistema.

Lo cierto es que actualmente el Estado Argentino se encuentra incumpliendo obligaciones emergentes de convenios internacionales, abandonando al trabajador a su suerte en lo tocante a la administración de una indemnización.

¹⁶⁰ Sobre el reproche a ello, recurro a los argumentos de Ackerman, 2017.

zación que, en lo sustancial, no es cosa distinta a la sustitución del ingreso futuro perdido. Creo necesaria la intervención estatal en el manejo de las indemnizaciones abonadas a trabajadores cuya incapacidad sea realmente significativa, en aras de evitar situaciones disvaliosas como la pérdida del capital por malas decisiones de inversión.

Podría pensarse en un sistema híbrido, en el cual la indemnización provenga de fondos privados (las ART), a la par que el Estado asume una obligación de tomar ese capital a fin de destinarlo a la Seguridad Social en su conjunto, otorgando alguna prestación sustitutiva del ingreso que resulte superadora de aquellas hoy existentes.

Por otro lado, tratándose de normas supra legales, es dable evaluar la situación de las aseguradoras.- ¿Puede ser cancelatorio un pago único que desconoce la regla de mayor jerarquía del pago en forma de renta? Si la norma internacional (supra legal) exige el pago en forma de renta y **solo previo contralor y por excepción el pago único**, ¿podemos afirmar que la aseguradora ha pagado correctamente extinguiendo la obligación?

Sobre este interrogante, es dable recordar que el trabajador es un sujeto hiposuficiente y en ello, de preferente tutela constitucional. Su salario incluso está revestido de las mas variadas garantías (aún contra si mismo); entonces, ¿porque el crédito que representa en dinero su pérdida de capacidad laborativa ha de tener menores condicionamientos?

Resolver este interrogante excede los límites del presente trabajo (lo que exigiría evaluar la situación de los trabajadores y de sus derechohabientes por separado), pero sí me parece pertinente recordar, a modo de punto de partida de un desarrollo futuro, que figuras que remueven o nulifican el efecto cancelatorio del pago no son ajenas a nuestro Derecho (véase art. 277 de la Ley 20.744).

A modo de conclusión, creo que a pesar de los vaivenes, reformas y contrarreformas de la Ley 24.557, todavía queda un grave saldo pendiente para con los trabajadores y sus derechohabientes. Los objetivos y finalidades de la Ley 24.557 siempre fueron más amplios que los de sus predecesoras, abarcando prestaciones que exceden de la simple indemnización por la pérdida de capacidad laborativa.

Desafortunadamente, esta misión parece haberse limitado al pago de la indemnización y de un proceso de recalificación que, en la práctica y con demasiada frecuencia, no se cumple. Esta deuda, generalmente desconocida

por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, debe ser atendida por quienes resultamos operadores en el marco de la justicia, en aras de un régimen no solo ajustado a la norma internacional, sino también más justo.

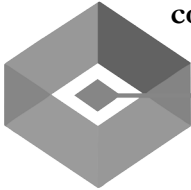
Bibliografía

Ackerman, M. (2017) *“Ley de Riesgos del Trabajo, comentada y concordada”*, Editorial Rubinzal.

Carcavallo, E. (2012) *“Ante una nueva oportunidad para sustentar el régimen de la ley 24557”* Editorial Errepar.

Schick H. (2014) *“Régimen de infortunios laborales”*, Editorial David Grinberg Libros Jurídicos

La hipervulnerabilidad de las personas mayores en la relación de consumo. Recepción jurisprudencial reciente



Lucia I. Lapenta

(UNICEN)

Beatriz Rodríguez Cracco

(UNICEN)

Florencia Vazzano

(UNICEN)

Resumen

El trabajo tiene como objetivo presentar los primeros desarrollos de un proyecto de investigación titulado: “Manifestaciones de la vulnerabilidad de las personas mayores en las relaciones de consumo”. El núcleo central de nuestro proyecto plantea el análisis de la vulnerabilidad de las personas mayores en las relaciones de consumo. Partimos de la consideración de que se trata de una interacción jurídica que presenta ciertas particularidades, en cuanto se integra con personas que, por encontrarse en la etapa de la vejez, suelen transitar situaciones de indefensión frente a quienes intervienen como proveedores de bienes y servicios.

Existen desarrollos doctrinarios que sostienen la necesidad de desarrollar una especial protección, afirmando que las personas mayores integran el grupo de consumidores “hipervulnerables”, es decir, de aquellos que exhiben niveles de vulnerabilidad agravados por condiciones específicas inherentes a las personas o a la especial situación en la que se encuentran (Frustagli, 2016). Si bien todos los consumidores gozamos de la presunción de debilidad en nuestra relación con los proveedores de bienes y servicios, lo cierto es que, en determinados grupos de consumidores, como en el caso de las personas

mayores, dicha fragilidad se encuentra acentuada y requiere de una protección aún más especial que la requerida para los consumidores en general.

La categoría de consumidores “hipervulnerables” surge de los aportes doctrinarios realizados en el área del Derecho del Consumo. A nivel normativo, se encuentra receptada en la Resolución n° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior perteneciente al Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, y en el Proyecto de Reforma de la ley de Defensa del Consumidor de 2018.

Dicha categoría surge también de la jurisprudencia a partir de soluciones judiciales que reflejan la protección especial que merecen las personas mayores en sus relaciones de consumo. De allí que, el propósito de este trabajo es describir y analizar las respuestas jurídicas que surgen de sentencias judiciales seleccionadas al efecto, a los fines de mostrar la especificidad de la relación jurídica mencionada, y la necesidad de la tutela especial a favor de las personas mayores como consumidores hipervulnerables.

1.-Introducción

La presente ponencia tiene el propósito de compartir los primeros avances de un proyecto de investigación que venimos desarrollando en nuestra universidad titulado “Manifestaciones de la vulnerabilidad de las personas mayores en la relación de consumo”. Partimos de la consideración de que estamos ante una interacción jurídica que presenta ciertas especificidades por estar integrada con personas que transitan la vejez.

Dentro de las grandes áreas temáticas propuestas para estas Jornadas, esta ponencia se presenta en la del Derecho Privado Patrimonial. No obstante, concebimos que la mencionada interacción muestra un cruce marcadamente interdisciplinar, generando en verdad una trama jurídica compuesta por el Derecho de la Vejez, por el Derecho del Consumidor, por el Derecho Constitucional, por el Derecho Contencioso-Administrativo, por el Derecho de los Derechos Humanos, etc. Nos enfrentamos así, a un territorio interdisciplinar, escasamente explorado pero, a fin de cuentas, sumamente interesante.

Además, la problemática refleja un cruce de vulnerabilidades: entre la vulnerabilidad que se presume en toda relación de consumo (respecto del consumidor frente al proveedor) y la vulnerabilidad de las personas mayores, que deben afrontar las limitaciones propias de la etapa de la vida que se

encuentran transitando. En ese marco, consideramos que dicho sector de la población integra la categoría de consumidores “hipervulnerables”.

Nuestro objetivo es realizar un análisis sobre algunas respuestas del mundo jurídico en torno a esta realidad jurídica de hipervulnerabilidad. A continuación, mostramos nuestros primeros avances, fruto de una primera recopilación jurisprudencial, de donde surge la recepción de la noción de hipervulnerabilidad de las personas mayores por parte de los juzgadores, así como la necesidad de brindar una mirada especial para este grupo etario. Previo a ello, presentamos desarrollos doctrinarios en la temática derivados del Derecho del Consumo y del Derecho de la Vejez, cuya intersección enriquece la protección a favor de este sector poblacional.

2.-Las personas mayores como consumidores hipervulnerables. Respuestas del Derecho del Consumo

La relación de consumo que se encuentra proyectada en la Ley 24.240, es aquella que se integra con el “consumidor medio”. El Derecho del Consumo busca desde su surgimiento crear las garantías para la realización de la igualdad y la libertad contractual en la interacción entre los proveedores de bienes y servicios y sus destinatarios finales (Frustagli, 2016). En ese marco, atiende a la vulnerabilidad “estructural” que surge del rol que ocupa el consumidor en el mercado, asociada a las fallas e imperfecciones que le son propias a éste (Lorenzetti, 2003; Rusconi, 2009).

Ahora bien, la relación de consumo integrada por personas mayores puede estar caracterizada por situaciones de “hipervulnerabilidad”, esto es, por niveles de vulnerabilidad agravados por condiciones peculiares inherentes a la persona concreta o por el especial contexto en el que se encuentra. Dicha categoría deriva de los desarrollos doctrinarios en el ámbito del Derecho del Consumo, donde se vienen realizando aportes acerca de la existencia de grados de fragilidad mayores que los propios de la categoría media o abstracta de consumidor (Frustagli y Hernández, 2011). Así, se ha dicho que la tutela que se ofrece a quienes se presentan como hipervulnerables busca traspasar los márgenes de la debilidad estándar, para ahondar en escenarios particulares que resultan coyunturales, transitorios o permanentes, inherentes a la persona o externos a la misma, y que acentúan la fragilidad del consumidor (Frustagli y Hernández, 2011).

Al decir de Lorenzetti, *“la vulnerabilidad que da lugar a la protección del sub-consumidor está vinculada con fallas especiales que afectan a una categoría particular de sujetos”* (2003: 78).

El principio protectorio -eje rector del Derecho del Consumo- se acentúa en aquellas situaciones en las que se puede observar una mayor vulnerabilidad que la presente en el promedio de los casos (Puccinelli, 2017).

En la actualidad, la única normativa que expresamente menciona a la categoría de consumidor hipervulnerable es la Resolución n° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior perteneciente al Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación¹⁶¹. No obstante, su protección surge del diálogo entre la Ley de Defensa del Consumidor, el Código Civil y Comercial, y la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, en particular, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Cabe destacar que el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor del año 2018 incorpora la categoría de consumidores hipervulnerables en su art. 3°, estableciendo que *“el principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados”*. Asimismo, en su art. 5° contempla los principios del sistema del consumo, dentro de los cuales se encuentra *el principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad*, estableciendo que *“el sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras”*. La mirada especial hacia los consumidores hipervulnerables surge también de los fundamentos del Anteproyecto, donde sus redactores expresan que se tiende a *“reforzar el principio protectorio haciendo especialmente aplicable a las situaciones de hipervulnerabilidad”*¹⁶².

3.-La protección especial de los derechos de las personas mayores. Respuestas del Derecho de la Vejez

La consideración de la vejez ha variado en las distintas culturas y momentos históricos. Como última etapa de la vida, próxima a la muerte, ha sus-

¹⁶¹ En la Provincia de Buenos Aires, la Resolución 36/2021 del Ministerio de la Producción, Ciencia e Innovación tecnológica adhiere a la Resolución nacional.

¹⁶² Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, p. 8.

citado interés en todos los tiempos, sin embargo, el avance del envejecimiento poblacional durante el S. XX ha despertado mayores inquietudes en toda la comunidad mundial (Martínez Ortega-Polo Luque y Carrasco Fernández, 2002). Incluso, se ha llegado a denominar al S. XXI como el siglo del envejecimiento, en tanto se presenta como fenómeno sin precedentes en la historia de la humanidad (Tomasello, 2002). El Derecho de la Vejez constituye una respuesta integral del mundo jurídico, frente a las exigencias de fortalecimiento, inclusión y protección de las personas, por el hecho de ser longevas y estar situadas en la última etapa de vida (Dabove, 2015). Existen razones históricas, materiales, normativas y valorativas que justifican el surgimiento del Derecho de la Vejez. Las razones históricas obedecen al lugar que se ha concedido a las personas mayores en la historia, consideradas como sujetos merecedores del máximo privilegio y respeto, pero también de desprecio y olvido. Las razones materiales muestran que desde lo sociológico ser persona mayor significa vivir altamente condicionado por el entorno socio-económico, político y cultural propio de este tiempo. Las razones normativas radican en la necesidad de reconsideración de la condición de sujetos de derechos de las personas mayores desde el complejo de normas jurídicas.

Actualmente, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en junio de 2015, constituye la fuente internacional de carácter vinculante para los Estados que reconoce y garantiza los derechos humanos de las personas en la vejez. Finalmente, las razones valorativas reposan en la existencia de un requerimiento especial de justicia que exige diferenciar la situación de los mayores de otros sujetos del mundo jurídico (Dabove, 2018).

El Derecho de la Vejez reúne tres grandes grupos de derechos reconocidos a las personas mayores: los derechos de autonomía, los derechos de participación y los derechos de protección (Dabove, 2018). La consagración de la autonomía e independencia en la relación de consumo exige que la misma se realice en condiciones en que la persona pueda consentir el acto de consumo, libre de comportamientos o prácticas abusivas, desleales o engañosas, y habiendo sido previamente informada en los términos del art. 4º de la ley 24.240. La igualdad y el cuidado, como ejes dentro de los derechos de protección, requieren de tratos que no sean discriminatorios en razón de la edad, sino que atiendan a las particulares situaciones en las que se encuentran ciertas personas en la vejez en relación a la educación, los conocimientos, la tecnología, etc.

Siguiendo a Fernández Oliva *“paradójicamente mientras se materializa el sueño de la extensión de nuestro ciclo vital, el cosmos mercatorio posmoderno advierte que en el*

círculo virtuoso de la reproducción del capital/consumo no se aceptarán cargas inútiles” (Fernandez Oliva, 2017:145). La persona en la vejez es frecuentemente mediatizada para la obtención de fines económicos (Fernández Oliva, 2017). Frente a ello, las respuestas del Derecho de la Vejez contribuyen a la obtención de miradas particulares en favor de este sector de la población, frente a las impotencias que devienen de las influencias humanas difusas que se generan en el proceso de producción, distribución y consumo, y en general de la Economía, la Política, la Cultura (Ciuro Caldani, 2017). El reconocimiento del Derecho de la Vejez enriquece de manera transversal las soluciones de las ramas jurídicas tradicionales, aportando una especial exigencia de justicia: la protección de las personas en la vejez (Ciuro Caldani, 2007).

4.-La mirada especial en la jurisprudencia. Análisis de sentencias judiciales

A fin de comentar parte de la jurisprudencia que hemos relevado, vamos a puntualizar sobre tres fallos jurisprudenciales en particular, donde se presentan reclamos de personas mayores a la luz de la protección del Derecho del Consumidor e invocando su condición de sujetos hipervulnerables.

En primer lugar, vamos a presentar una resolución dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón¹⁶³. En este caso, el actor reclamó al Banco de la Provincia de Buenos Aires por un débito automático vinculado a su tarjeta de crédito. La operación de adhesión al débito automático (por los servicios de cable y seguro automotor) había sido inicialmente dada de alta por el propio cliente. Sin embargo, el actor realizó luego un pedido de cese del débito automático, reiterado por más de dos años a través de notas, reclamos presenciales, etc., sin lograr una respuesta diligente por parte del Banco. De este modo, se le continuaron debitando mensualmente aquellos servicios por dos años, período durante el cual el cliente continuó abonando el saldo deudor de la tarjeta de crédito para no caer en condición de moroso, aumentando su perjuicio.

Los magistrados identificaron que dentro del caso existió un trato indebido al consumidor (cliente de la entidad bancaria), ante la falta de una respuesta en tiempo y forma frente a sus reclamos. Existió una conducta

¹⁶³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 03/09/2020, “Andino, Claudio Eduardo c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Materia a categorizar s/ Incidente del art. 250 del CPCC”, La Ley Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/38077/2020

manifiestamente ilegítima del Banco, que consistió en continuar realizando el descuento frente al pedido reiterado de la actora. Al respecto, el Tribunal se hizo eco de lo resuelto en otros precedentes jurisprudenciales, en relación a los consumidores y entidades bancarias¹⁶⁴.

Avanzando un paso más allá, el Tribunal destacó que en este caso el trato debido hacia el cliente debía incluso ser un trato calificado o especial, considerando que se trataba de un adulto mayor y, por ende, merecedor de una respuesta diferenciada. El Tribunal aludió en especial a la condición de adulto mayor del accionante como uno de los argumentos centrales para sostener su decisorio. Se afirmó que *“en el caso de los adultos mayores, el enfoque consumeril se afina incluso un poco más, y los deberes a cargo del prestador de los servicios, especialmente los de información y trato digno, se intensifican y deben adaptarse a la puntual condición del destinatario”*¹⁶⁵.

Para sostener este tratamiento especial, el Tribunal hizo referencia a otro acuerdo dictado en la misma Sala, en una materia diversa al Derecho al Consumidor. Allí, la Cámara sostuvo que la obligación de velar por la protección de las personas mayores reside en cabeza del Estado, y así también de los ciudadanos en general: *“es necesario tener presente que el colectivo de la ancianidad es uno de aquellos que, por imperio constitucional, resulta destinatario de una mayor protección (art. 75 inc. 23 Constitución Nacional). Este necesario respeto - y resguardo - de sus derechos no tiene como sujeto pasivo - en mi concepción - únicamente al Estado, sino a todas las personas integrantes del conglomerado social”*¹⁶⁶.

Por otro lado, la Alzada consideró como elemento especial de análisis del caso el hecho de que se trate de adultos mayores que porten algún problema de salud. En términos normativos, la Cámara mencionó la existencia de la

¹⁶⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 23/08/2012, “Cabrera, Norma N. c/Nuevo Banco del Chaco S.A. y otro s/Amparo”, Información Legal Thompson Reuters Cita Online: AR/JUR/42997/2012; Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, “Cannizzaro Juan C. c/Banco Mercantil Argentino S.A.” Cita La Ley: JA 1998-III-536; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 26/06/2003, “Torres Carbonell, Mario c/Citibank N.A. y otro”, Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/1302/2003; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 2017, “C. J. C. c/ M. F. s/ Resolución de Contratos Civiles/Comerciales”, Causa MO-40548-2011

¹⁶⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 03/09/2020, “Andino, Claudio Eduardo c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Materia a categorizar s/ Incidente del art. 250 del CPCC”, La Ley Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/38077/2020

¹⁶⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 2019, “Consorcio de Copropietarios de la calle Buenos Aires 640/648 Castelar c/Heredia Pedro s/Interdicto”, causa MO-12821-2014

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y los desarrollos de la doctrina en materia de Derecho de la Vejez como rama transversal. Sin embargo, el Tribunal sostuvo la necesidad de adoptar una óptica de suficiente amplitud al momento de analizar el fenómeno jurídico de la vejez, considerando *“tanto los principios y reglas, institutos, relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, como también los sistemas de protección y las garantías, en cuanto se vinculan con el fenómeno demográfico del envejecimiento y de la vejez de cada persona, en particular”*¹⁶⁷.

En su defensa, el Banco Provincia pretendió deslindarse de responsabilidad argumentando que se había tratado de un error atendible por la masividad del sistema de tarjetas de crédito y redireccionando la responsabilidad hacia la administradora del sistema de crédito (VISA). Ante ello, el Tribunal indicó que la entidad perseguía una finalidad comercial a través del servicio de tarjeta de crédito, y que debía por ende *“disponer a tal fin de una organización humana y técnica idónea”*. La Alzada consideró que esas defensas no eran admisibles a la luz del principio de defensa del consumidor. Además, el Banco Provincia no podía deslindar sus responsabilidades en un tercero considerando que había contratado directamente con el consumidor.

Al resolver el caso, el Tribunal consideró finalmente que estaban claras las molestias y complicaciones que se le generaron al adulto mayor, obligándolo a realizar múltiples trámites e incluso a promover un proceso judicial para resolver la cuestión. Por ello, se confirmó la condena al Banco de la Provincia de Buenos Aires ordenada en la primera instancia, haciendo lugar al reclamo del consumidor.

En segundo lugar, hemos trabajado también con un fallo jurisprudencial del año 2011, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁶⁸. En este caso, se trataba de dos actores, clientes del Banco Boston y adultos mayores. Ambos contaban con un depósito a plazo fijo en dólares y un saldo en una caja de ahorro en dólares. Con motivo de la denominada “legislación de emergencia”, el Banco Boston acreditó dichos valores en una cuenta en pesos de titularidad de los

¹⁶⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 03/09/2020, “Andino, Claudio Eduardo c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Materia a categorizar s/ Incidente del art. 250 del CPCC”, La Ley Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/38077/2020

¹⁶⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires, Sala D, 25/10/2011, “Filco, Héctor Jorge y otro c/Bank Boston N.A. s/ordinario”, publicado en RCyS2012-IV, p. 131. Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/76409/2011

actores, con una demora de dos años. Durante todo ese tiempo, el Banco argumentó de manera sistemática que existían supuestas exigencias legales que le impedían concluir con la operación bancaria, condiciones que resultaron finalmente ser inexistentes.

Los actores reclamaron por el lucro cesante, considerando la desvalorización del dinero, la falta de disponibilidad de los fondos durante dos años y la demora indebida en la operación. Incluyeron también un reclamo por daño moral, aludiendo a los padecimientos espirituales ocasionados durante dicho período de tiempo, en que tuvieron que insistir de manera continuada.

El Juez de Primera Instancia condenó al Banco Boston por el lucro cesante, y también por el daño moral que podía ser inferido por la aficción de los actores. Este último rubro fue estimado en la suma de diez mil pesos. Ante ese decisorio, la parte actora apeló el importe fijado como reparación del agravio moral, sosteniendo que cabía considerar su edad avanzada, condición que era conocida por el Banco y frente a lo cual se mantuvo con una conducta negligente y desaprensiva.

La Cámara de Apelaciones identificó que dentro del caso había existido una violación al deber de información y un trato indebido al consumidor. Así, el Tribunal consideró que más allá de la demora excesiva en la operación, el banco había actuado con falta de claridad y precisión respecto a los requisitos necesarios para ejecutar dicha operación¹⁶⁹.

Al momento de considerar los daños derivados del accionar del Banco, el Tribunal apeló, por un lado, a atender a la desvalorización monetaria, y así también a la etapa avanzada de la vida del consumidor, condición que implica un mayor perjuicio. Se incluyó dentro del daño moral la consideración sobre la edad avanzada de los ahorristas, lo que implica un factor de mayor perjuicio que alcanzaba más allá del padecimiento y las molestias derivadas de un incumplimiento contractual generalizable.

Finalmente, al momento de resolver, la Cámara de Apelaciones consideró adecuado aumentar a quince mil pesos la indemnización por daño moral, considerando además que se trataba de dos actores¹⁷⁰.

¹⁶⁹ El Banco sostuvo que había informado a los actores que debían presentarse en la sucursal de Morón a suscribir documentación por exigencias del BCRA, lo cual fue puesto en su conocimiento a través de notas, llamados telefónicos y cartas documento. La Alzada consideró que existieron contradicciones en el contenido de dichas notificaciones, y así también que cabía atender a la situación de crisis económica, contexto en el cual era previsible que la cantidad de información y la claridad requerida por los clientes de la entidad fuera muy por encima del promedio habitual.

¹⁷⁰ El Juez Heredia presentó una disidencia parcial, sosteniendo que no se encontraba demos-

En tercer lugar, observamos un fallo reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala II, en el que se resolvió acerca de la legitimación activa de la Asociación de Usuarios y Consumidores Unidos para demandar mediante una acción colectiva a la Obra Social Unión Personal Civil de la Nación por incumplimiento de prestación de obra social/medicina prepaga¹⁷¹.

El caso trata acerca de los usuarios que se vieron damnificados por haber sido dados de baja ilegítimamente de la nómina de afiliados, y transferidos compulsivamente al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados con motivo de haber obtenido un beneficio jubilatorio o pensionario.

El magistrado de primera instancia argumentó que, *“por tratarse de una demanda colectiva dirigida contra la Obra Social Unión Personal, por una supuesta conducta de la accionada, tendiente a lesionar derechos constitucionales, como el de la salud del grupo representado y que afecta intereses individuales homogéneos de los usuarios, la defensa del derecho por el que se acciona, constituye una de las finalidades para la cual ha sido creada la asociación y por ello, la actora se encuentra legitimada para iniciar esta acción colectiva”*¹⁷².

La Cámara confirmó la resolución apelada, que rechazó la defensa de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada recurrente.

Destacamos que en el caso se ponderó el interés estatal en la protección del sector de la población vulnerable que se encuentra comprendido en la clase (sujetos de edad avanzada), refutándose incluso el argumento relativo a la posibilidad de que cada uno de los integrantes de la clase promueva una acción individual. Asimismo, se consideró especialmente el hecho de que las personas humanas que conforman el grupo representado se encuentran comprendidas en la categorización que la reciente Resolución N°139/2020 de la

trado que el incumplimiento hubiera producido una verdadera lesión en bienes inmateriales como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, etc. Por ende, debía darse curso únicamente al daño lucro cesante, siendo que la privación temporaria del dinero era un daño que se encontraba satisfecho con el pago de los intereses reclamados en autos.

¹⁷¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 20/10/2020, “Usuarios y Consumidores Unidos c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/incumplimiento de prestación de obra social/medicina prepaga”, Cita Online: IJ-CMXXXV-600

¹⁷² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 20/10/2020, “Usuarios y Consumidores Unidos c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/incumplimiento de prestación de obra social/medicina prepaga”, Cita Online: IJ-CMXXXV-600

Secretaría de Comercio del Interior dispone en sus artículos 1° y 2°, en cuanto allí consagra la categoría de “consumidores hipervulnerables” que requiere esta protección especial.

5.-Reflexiones finales

La relación de consumo integrada por personas mayores puede estar caracterizada por situaciones de “hipervulnerabilidad”, todo lo cual requiere de una mirada especial por parte del mundo del Derecho. Si bien la única normativa que expresamente menciona a la categoría de consumidor hipervulnerable es la reciente Resolución n° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior (Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación), la especial protección surge del diálogo de fuentes: la Ley de Defensa del Consumidor, el Código Civil y Comercial, la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, en particular, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

La consagración de la autonomía, independencia y protección de las personas mayores en el marco del Derecho de la Vejez contribuye a la relectura de la relación de consumo integrada por consumidores de edad avanzada. En otras palabras, el reconocimiento de esta área jurídica dedicada a las personas mayores refuerza la tutela de los consumidores que están en la vejez, enriqueciendo los desarrollos doctrinarios del Derecho del Consumo relativos a la noción de hipervulnerabilidad. A partir de los primeros avances en el Proyecto de investigación en el que venimos trabajando, podemos concluir que esta categoría- prevista en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor del año 2018, y receptada por la mencionada Resolución n° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior-, está siendo aplicada por algunos órganos jurisdiccionales.

Si bien a nivel jurisprudencial no son abundantes los casos en los que se presenta la categoría de consumidores “hipervulnerables” por su condición de personas de avanzada edad consideramos propicia su aplicación. En este marco, postulamos que en las relaciones de consumo resulta necesaria la consideración de esta categoría, tratándose de consumidores de avanzada edad que presentan un grado de fragilidad especial, condición que requiere una particular exigencia de justicia.

Bibliografía

Ciuro Caldani, Miguel A. (2017), “Comprensión iusfilosófica de la vulnerabilidad”, en Paula Arias y Liliana A.B. Urrutia (coord.), *Protección jurídica de los subconsumidores*, Rosario: Iuris.

Ciuro Caldani, Miguel, A. (2007), “Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo”, *Investigación y Docencia*, N° 40, Rosario, Facultad de Derecho, 2007.

Fernández Oliva, Marianela (2017), “El anciano: consumidor consumido”, en Paula Arias y Liliana A.B. Urrutia (coord.), *Protección jurídica de los subconsumidores*, Rosario: Iuris

Frustagli, Sandra A. (2016), “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino”, *Revista de Derecho del Consumidor*, n° 1, Buenos Aires: IJ Editores.

Frustagli, Sandra A.y Hernández, Carlos A. (2011), “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, en LA LEY, 2011-E

Lorenzetti, Ricardo (2003), *Consumidores*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Martínez Ortega, M. Paz-Polo Luque, M. Luz-Carrasco Fernández, Beatriz (2002). “Visión histórica del concepto de vejez desde la Edad Media”, en *Cultura de los Cuidados*, Año VI, N° 11, disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/4889/1/CC_11_08.pdf, visitando el 14/6/2021.

Puccinelli, Oscar, R (2017), “Una mirada a los subconsumidores desde las normativas constitucionales, convencionales y legales (a propósito de la sanción del Código Civil y Comercial), en Paula Arias y Liliana A.B. Urrutia (coord.), *Protección jurídica de los subconsumidores*, Rosario: Iuris

Rusconi, Dante (2009), *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Tomasello, Andrés (2002), “Derechos de la Ancianidad”, en *Doctrina Judicial*, 2002-3.

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 03/09/2020, “Andino, Claudio Eduardo c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Materia a categorizar s/Incidente del art. 250 del CPCC”, La Ley Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/38077/2020.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 23/08/2012, “Cabrera, Norma N. c/Nuevo Banco del Chaco S.A. y otro s/Amparo”, Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/42997/2012

Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, “Cannizzaro Juan C. c/Banco Mercantil Argentino S.A.” Cita La Ley: JA 1998-III-536

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 26/06/2003, “Torres Carbonell, Mario c/Citibank N.A. y otro”, Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/1302/2003

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 2017, “C. J. C. c/ M. F. s/Resolución de Contratos Civiles/Comerciales”, Causa MO-40548-2011).

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 2019, “Consorcio de Copropietarios de la calle Buenos Aires 640/648 Castelar c/ Heredia Pedro s/Interdicto”, causa MO-12821-2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires, Sala D, 25/10/2011, “Filco, Héctor Jorge y otro c/Bank Boston N.A. s/ordinario”, publicado en RCyS2012-IV, p. 131. Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/76409/2011.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 20/10/2020, “Usuarios y Consumidores Unidos c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/incumplimiento de prestación de obra social/medicina prepagada”, Cita Online: IJ-CMXXXV-600.

Derecho Privado, pobreza y consumo. Una agenda inicial de problemas



Ezequiel Valicenti

(UNICEN)

Resumen

La ponencia parte de una premisa: el problema de la pobreza es un problema de Derecho Privado. Desde allí, en primer lugar se repasa el lugar marginal que ha tenido el problema de la pobreza dentro de la agenda del Derecho Privado. Luego, se presentan los fundamentos por los cuales es posible concluir que la pobreza debe tener un tratamiento mucho más importante dentro de las reglas que rigen las relaciones entre particulares. Por último, se aborda el problema del *acceso* como un lugar desde que el involucrar más activamente al Derecho Privado en la búsqueda de una sociedad menos desigual.

1.- La pobreza como problema del Derecho Privado

Empezemos por la pregunta inicial: *¿la pobreza constituye (o debiera constituir) un problema del Derecho Privado?* Arriesgando una respuesta rápida diré que hasta el momento no ha sido una cuestión que importe especialmente al Derecho Civil y Comercial, aunque debería serlo y con premura.

Emprenderé un acercamiento inicial al modo en que, marginal y asistémicamente, el Derecho Civil ha abordado el problema de la pobreza hasta aquí. Luego, propondré las razones por las que considero que la agenda de problemas que intenta resolver el Derecho Privado debería incluir también a la pobreza.

1.1.- ¿Qué entendemos por pobreza?

La definición de la pobreza es, en sí mismo, un complejo problema que ha sido estudiando desde diferentes materias. No pretendo ingresar en el debate, ya que el objetivo de este trabajo es diferente. Sin embargo, creo necesario exponer un concepto de pobreza, admitiendo que es conjetural y al efecto de poder avanzar con nuestras reflexiones.

En el campo de la estadística, la pobreza es definida por la capacidad que tiene una persona -o un hogar familiar- para cubrir las necesidades básicas. De acuerdo al Instituto Nacional de Censos y Estadísticas de la Nación (INDEC), la pobreza y la indigencia se miden mediante un método indirecto denominado “línea”, en la que se determinan umbrales mínimos de consumos¹⁷³. Dentro de ello se fija normativamente una “canasta básica alimentaria” que incluye los alimentos necesarios para satisfacer un umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas¹⁷⁴. Esa canasta básica alimentaria determina la “línea de indigencia”. Luego, la “línea de pobreza” se fija con relación a una “canasta básica total” que incluye, además de los consumos alimentarios mínimos (canasta básica alimentaria), otros consumos no alimentarios según los hábitos de consumo de la población de referencia (vestimenta, transporte, educación, salud, etc.). Estas mediciones se realizan por hogar, lo que determina la clasificación en “hogares pobres” (que comprende “hogares indigentes” y “hogares pobres no indigentes”) y “hogares no pobres”¹⁷⁵.

Este punto de vista económico-estadístico parece coherente con lo que

¹⁷³ Seguimos en este punto el documento publicado por el INDEC titulado “La medición de la pobreza y la indigencia en la Argentina”, en *Metodología INDEC n°22*, de noviembre de 2016, disponible en: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/EPH_metodologia_22_pobreza.pdf

¹⁷⁴ Para ello, de acuerdo al mismo organismo, se requiere “determinar el requerimiento energético y las recomendaciones de nutrientes para las diferentes unidades de consumo o grupos etarios; determinar la estructura de consumo de alimentos de la población de referencia para cubrir esas necesidades nutricionales; seleccionar los productos que compondrán la CBA y sus cantidades; realizar el análisis nutricional y los ajustes necesarios a fin de optimizar el criterio normativo de la CBA; determinar el valor monetario de la CBA” (“La medición de la pobreza y la indigencia en Argentina”, cit.).

¹⁷⁵ De acuerdo a los datos del segundo semestre de 2020, el 31,6% de los hogares está en situación de pobreza (lo que equivale a unas 12 millones de personas, que representan el 42% de la población total). De ese porcentaje, el 7,8% de los hogares se encuentra en situación de indigencia (3 millones de personas, 10,5% de la población) y el resto (23,8%) son pobres no indigentes (9 millones de personas, 31,5% de la población). Datos oficiales del INDEC extraídos de *Condiciones de vida. Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos*, vol. 5, n° 4, segundo semestre 2020. Disponible en https://www.indec.gov.ar/uploads/informeprensa/eph_pobreza_02_2082FA92E916.pdf

se afirma desde otros campos, como la sociología, en los que se ha observado que en nuestro tiempo, la pobreza no tiene tanta relación con la capacidad de producir ingresos como con la de consumir. Es decir, pobre no es quien no puede generar ingresos (tradicionalmente, quien se encuentra sin empleo), sino quien no puede acceder a ciertos bienes y servicios (conf. Bauman, 2007).

1.2.- La actitud del Derecho Privado frente a la marginalidad y la pobreza: ¿qué hay del otro lado del espejo?

En ocasión de discutir el que, a la postre, sería el Código Civil alemán que comenzó a regir en 1900, Anton Menger, profesor de la Universidad de Viena, publicó una obra que entre nosotros se conoció como “El Derecho Civil y los pobres” (Menger, 1898). Desde el pensamiento socialista, Menger exponía que el proyecto de Código había sido construido sobre bases que dejaban completamente de lado las clases populares y los trabajadores. Esas bases eran tres: a) el principio de la propiedad privada, según el cual todas las cosas pueden ser propiedad de los particulares, mientras no exista excepción legal; b) el principio de la libertad de contratar, a partir del cual todo ciudadano es libre de obligarse frente a otro a entregar cosas y ejecutar actos y, en consecuencia, puede ser obligado a cumplir con su promesa; c) el principio del derecho hereditario, por el cual, luego de la muerte, los derechos de una persona pasan a los individuos que ella o la ley designen. Esta estructura, decía el autor, era exclusivamente funcional a las “clases pudientes”. La obra luego ingresa en el tratamiento de algunos temas en particular en los que se recorren las normas preliminares del Código, la regulación del derecho de familia, del derecho de propiedad, del derecho de las obligaciones y los contratos, y del derecho sucesorio. Varias de las críticas, sean o no compartidas, mantienen actualidad.

Desde otro lugar, ha sido expuesto el origen burgués del Derecho Civil decimonónico, expresado inicialmente en el Código Civil Francés de 1804 (López y López, 2016:47; Grossi, 2003). Claro que ese origen fue ocultado bajo un proceso abstracción del individuo: el Código tiene como sujetos a seres abstractos, vinculados entre sí en relaciones igualmente abstractas (Grossi, 2003:81). El “soporte” de esa individualidad se encuentra en la propiedad (Castel y Haroche, 2003:21). Luego, el surgimiento de la dogmática jurídica –especialmente en el Derecho Civil –, bajo el estatuto epistemológico de la cientificidad, reforzó el pretendido carácter no político de las reglas de Derecho Privado (López y López, 2016:49). Aunque en otro tiempo y desde otros puntos de partida, estos estudios son constates con el de Menger.

Para explicar cuál ha sido el lugar que han ocupado las personas pobres en el Derecho Privado, podríamos recurrir a la metáfora del cuarto de espejos. Imaginemos un cuarto cuyas paredes están completamente recubiertas de espejos. Quienes están dentro del cuarto, se ven reflejados y no pueden advertir qué hay por fuera del cuarto. Los espejos los reflejan constantemente. El Derecho Privado funciona de la misma manera: quien está en una relación de Derecho Civil (un contrato, una relación de propiedad con una cosa, un vínculo familiar) solo puede advertir la presencia de quienes están con él dentro de esa relación, su propia presencia. Pero los espejos le impiden ver hacia afuera, a quienes no están en una relación de Derecho Civil. Esos espejos tienen nombre: son el “efecto relativo” de los contratos -según el cual, los contratos sólo afectan a las partes y no pueden perjudicar (ni beneficiar) a terceros- y el “efecto erga homines” de los derechos de propiedad -de acuerdo al cual, los integrantes de la comunidad deben respetar los derechos del propietario, absteniéndose de emprender actos lesivos-. Los *excluidos* son para el Derecho Privado “terceros” que se encuentran ajenos a las relaciones jurídicas y, por lo tanto, no tienen más que respetarlas.

Bajo esta arquitectura el Derecho Privado ha invisibilizado, por regla general, el problema de la pobreza. Más aún, el Derecho Privado clásico, particularmente el derecho de propiedad (privada) y el derecho de los contratos, no se ha preocupado demasiado por las consecuencias externas de la acción individual. Sólo recientemente ha florecido cierto interés por las consecuencias colectivas de las acciones particulares en temas de ambiente o de consumo.

Sin embargo, este diseño normativo que ignora no es inocuo frente al problema de la pobreza. Por el contrario, las normas de Derecho Privado son las que coadyuvan a la generación de exclusión social, o al menos contribuye a consolidar la exclusión existente en la sociedad. Después de todo, el incremento en los niveles de desigualdad social que azota a nuestras sociedades se ha desarrollado en el marco de sistemas jurídicos que han dado cauce a la concentración de la riqueza en manos de pocas personas y ello se ha generado mediante ciertos institutos jurídicos como el contrato, la propiedad, la sucesión y la responsabilidad civil.

Es cierto que durante el curso del siglo XX el Derecho Civil se ha mostrado cierta sensibilidad con la “cuestión social”. Hagamos un breve y enunciativo repaso por los institutos con los que se ha pretendido abordar el problema de la exclusión social en esta rama del Derecho. Uno de los institutos más permeables al este problema es el de los “bienes inembargables” (art.

744, Código Civil y Comercial, en adelante CCC), con el que se atempera el poder agresivo del acreedor -e indirectamente, el efecto obligatorio de los contratos-. En esa misma línea protectoria podría señalarse el procedimiento para tutelar la vivienda (art. 244 y ss., CCC) aunque, adelanto, difícilmente beneficie a alguien que se encuentra en la pobreza desde que es una protección para quien es propietario del inmueble. También la “lesión”, como vicio de los actos jurídicos, puede señalarse como un ejemplo de sensibilidad frente al problema de la pobreza, en tanto protege a quién, en un estado de necesidad, se obliga contra sus propios intereses (art. 332, CCC). De algún modo la “explotación” de la pobreza puede considerarse tratada en el objeto de los actos jurídicos, toda vez que se prohíben los contratos que afecten la dignidad humana (conf. arts. 17, 279 y 1004, CCC; arts. 4 y 43 de la ley 22.990 que prohíben la extracción de sangre con fines de comercialización; arts. 3 y 22 de la ley 27.447 que establecen prohibiciones sobre la dación de órganos en vida tendientes a evitar la comercialización de órganos) o por los cuales la persona tome riesgos excesivos (art. 54, CCC).

La enumeración desarrollada nos deja ver que la consideración de la pobreza ha sido marginal y asistémica. Sólo ha sido abordada mediante institutos muy particulares -muchas veces de difícil articulación-, que no han puesto en crisis el lugar que aún siguen ocupando los pobres: el de excluidos de las relaciones, el de abstractos terceros.

Por otra parte, lo que hasta aquí he dicho no aparece conmovido por el desarrollo de la “función social” de la propiedad y del contrato. Curiosamente, la idea de que el Derecho Privado debe cumplir una cierta función social, nació también durante el proceso de disputas por la aprobación del Código Civil alemán a fines del siglo XIX. Esta vez, fue Otto Von Gierke quien en oportunidad de dar un discurso ante la Asociación de Jurisconsultos de Viena en 1899 postuló la necesidad de dotar al Derecho Civil de una función social. A partir de este antecedente, y por diversos cursos de pensamiento, se consolidó la idea de que los derechos individuales debían reconocer algún límite preciso en virtud de intereses comunes. La idea incluso fue incorporada en los textos constitucionales y convencionales, y en nuestro país, más recientemente, en el Código Civil y Comercial (art. 240, que fija una cláusula general relativa al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes)¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Según los autores del Anteproyecto de Código, la función social también se habría incorporado en los contratos, pese a no existir norma expresa (ver *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora*). No obstante se ha valorado negativamente la falta de incorporación expresa de la “función social del contrato” (Cao, 2015).

En los últimos años, ha llegado a ser parte del lenguaje común de tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷⁷. En definitiva, la función social vino a efectuar un “recorte” a las facultades del propietario. Sin embargo, la regulación continúa pensándose como un límite que configura, mediante exclusión, el derecho del propietario. No se concibe aún un orden público que imponga deberes de hacer, conductas positivas a cargo del titular del derecho.

Por ello, comparto la opinión de quienes sostienen que la mentada función social de la propiedad no supone más que una variación intra-paradigmática, pues sólo ha implicado el establecimiento de una frontera interna y lo público continúa cumpliendo un rol delimitador. La construcción, que parece más bondadosa de lo que en realidad es, no hace sino continuar legitimando la construcción jurídica existente. No ha implicado un cambio en la centralidad de la propiedad, que sigue delimitándose mediante exclusiones (deberes de abstención a cargo del propietario) sin incluir deberes positivos a cargo del titular (Sozzo, 2009: 33-35; Valicenti, 2016).

En síntesis, el Derecho Privado ha reafirmado su carácter tutelar para quién es parte de una relación civil, pero ha ignorado a quienes se encuentran excluidos (fuera del cuarto de espejos).

Sin embargo creo no es posible que continuemos negándonos a afrontar una realidad: si entre un tercio y la mitad de los/as argentinos/as está en la pobreza, *¿a quienes está dirigido el Derecho Privado actual?*

Desarrollaré a continuación los fundamentos por los que, entiendo, se encuentra justificado pretender que el Derecho Privado se involucre en el problema de la pobreza.

1.3.- ¿Por qué la pobreza debería importarle al Derecho Privado?

Si bien en las últimas décadas el Derecho Privado ha mostrado mayor sensibilidad frente a determinados temas estructurales, como la cuestión medioambiental o la protección del consumidor, aún no ha podido ser capaz de tratar con problemas más complejos como la pobreza. Pero, ¿por qué la

¹⁷⁷ Ha afirmado el tribunal que “*la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada*” (CIDH – “Salvador Chiriboga v. Ecuador”, del 06/05/08 (excepción preliminar y fondo), consids. 60, 73 y 74)

pobreza debería importante al Derecho Privado? A nuestro modo de ver existen, al menos, dos razones.

Por un lado, es indudable que el problema de la desigualdad social ha aumentado considerablemente en las últimas décadas en nuestras latitudes. Como he sugerido, las reglas civiles han cuando menos dado curso o propiciado dicha situación. Por lo tanto, la urgencia del contexto en el que rigen las normas impone atender a la realidad concreta en la que las mismas se insertan. De otra manera, repetiríamos los vicios del pasado, consagrando un régimen jurídico abstracto y general -pretendidamente “científico”- que bajo dicha abstracción esconde -y al esconder consolida- el *status quo*. En pocas palabras, si no queremos seguir perpetuando este estado de desigualdades estructurales, deberíamos hacer algo *también* en el Derecho Privado.

La segunda razón es de origen normativo: la incorporación de la preocupación por la pobreza dentro del Derecho Privado es obligatoria en virtud de normas emanadas del derecho internacional de los derechos humanos. Como es sabido, existe una profusa proliferación normativa en diversos tratados que aseguran derechos individuales y colectivos con los que se pretende garantizar que cada persona goce de un nivel mínimo de vida. Tratados como la Convención Interamericana de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador, o el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales -entre otros más particulares- fijan una serie de obligaciones para los Estados suscriptores que constituyen el marco internacional de lucha contra la pobreza¹⁷⁸. Normalmente pensamos que dichos compromisos deben cumplirse mediante el diseño y la implementación de políticas públicas que tiendan a enmendar las desigualdades estructurales de nuestras comunidades. Si bien esta quizás sea la herramienta principal para hacer reales tales derechos, no es la única. Así, podríamos pensar que dentro de las prestaciones que debe realizar el Estado para cumplir con las obligaciones internacionales, se encuentran las prestaciones normativas, es decir, el diseño de un ordenamiento jurídico interno que no sólo sea consistente con la agenda que marcan los tratados, sino que además coadyuve a su paulatina consecución. Entre las prestaciones normativas que puede brindar el Estado una de las más importantes quizás sea el Código Civil y Comercial, dada la centralidad que estas normas tienen en la cotidianeidad de las personas.

Dentro del propio sistema de Derecho Privado, estas exigencias pueden tratarse dentro de la llamada “constitucionalización del Derecho Privado”

¹⁷⁸ Dentro de los compromisos asumidos en el marco de los “Objetivos de Desarrollo Sustentable” (ODS), el primero de ellos consiste en “poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo”.

(en adelante, CDP). Como he expuesto en otro lugar, no se trata este de un fenómeno homogéneo (Valicenti, 2020). Entre quienes desarrollaron inicialmente el concepto (Rivera, 1994; Lorenzetti, 1995:202; Mosset Iturraspe, 1994:87; Nicolau, 1995:35), el proceso de constitucionalización era pensado en un sentido más bien formal: ciertas reglas de jerarquía inferior fueron formalizadas en textos constitucionales (y convencionales). Es decir, se aludía a una relación ascendente, que se verificaba desde el Derecho Privado hacia la Constitución. Sin embargo, el concepto de CDP ha sufrido mutaciones entre aquellos primeros trabajos nacionales y los más recientes. En efecto, actualmente el concepto utilizado por la doctrina se acerca más a una forma de constitucionalización en sentido material, es decir, vinculada al contenido y a la extensión de los derechos. Los autores refieren ahora a la constitucionalización como un fenómeno que va *desde la Constitución hacia el Derecho Privado*, y por el cual los principios de la Carta Magna –y de los Tratados de Derechos Humanos con máxima jerarquía– irradian e interpelan a los principios, las reglas y los conceptos del Derecho Privado. El ordenamiento jurídico así constitucionalizado se caracteriza por lo que se ha denominado una “Constitución invasiva”, a partir de la cual se encuentran condicionados, no sólo las legislaciones, sino también la jurisprudencia, la doctrina y los actos políticos (Guastini, 2001; Comanducci, 2005). Lo verdaderamente novedoso es que la función que tradicionalmente cumplieron las normas constitucionales, fueron reconocidas más recientemente a los Tratados internacionales de Derechos Humanos, al menos desde el caso “Eckmedjian c. Sofovich” de 1992¹⁷⁹. Por ello, en la actualidad el proceso de constitucionalización es más bien un proceso de *convencionalización* del Derecho –y del Derecho Privado, en particular–, tanto en el sentido formal como material. Así lo expresan, ahora de manera uniforme, la Constitución Nacional (arts. 31 y 75 inc. 22) y el Código Civil y Comercial (arts. 1 y 2).

Si el Derecho Privado argentino se encuentra inmerso en un proceso de constitucionalización y convencionalización, este no debería ser llevado de forma selectiva. No es posible escoger una serie de problemas que resultan más sencillos de insertar en la lógica sistémica de las normas civiles y desechar los que no se acomodan tan fácilmente. Hasta aquí, el proceso de constitucionalización ha sido -como he propuesto denominarlo- “no problemático”, puesto que ha existido una identidad ideológica entre el programa filosófico, político y económico escenificado en los textos constitucionales y los expresados en el Código. Constitución y Código conviven sin problemas pues uno y otro expresan la misma concepción filosófica e ideológica¹⁸⁰.

¹⁷⁹ CSJN, “Eckmedjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, del 07/07/1992, en *Fallos* 315:1492.

¹⁸⁰ El modelo no problemático de constitucionalización se caracteriza por: a) la eficacia de las

Un proceso de constitucionalización en serio debería afrontar también las exigencias que no pueden ser fácilmente resueltas por las reglas clásicas, principalmente de Derecho Civil patrimonial. He propuesto denominar a este desafío como “constitucionalización problemática”, la que se produce cuando la relación Constitución-Código evidencia una tensión filosófica e ideológica entre ambos: la Constitución expresa una filosofía política y económica diferente a la del Código¹⁸¹. En términos históricos, este desacople se produjo en el transcurso del Siglo XX. En nuestro caso, podemos decir que la relación armónica entre la Constitución y la legislación civil se resquebrajó definitivamente con la reforma de 1994. La Constitución convencionalizada,

normas constitucionales que contienen reglas o principios de Derecho Privado, si bien es reconocida, genera únicamente obligaciones de no hacer (deberes de abstención). Las normas constitucionales pueden invocarse frente a interferencias provenientes del Estado y de particulares. Los derechos subjetivos constitucionales cumplen una función defensiva, operan ante vulneraciones, pero no habilitan a demandar prestaciones concretas ni del Estado ni de los particulares; b) la noción de orden público cumple funciones delimitadoras de los derechos subjetivos, principalmente los de naturaleza patrimonial, imponiendo al titular deberes de abstención; c) el peso argumental de las normas constitucionales es complementario de la fuerza argumental que surge de las normas civiles y comerciales. Esto implica que no basta con invocar los textos constitucionales para resolver un caso. Sólo cumplen una función de complementariedad y fortalecimiento de los principios y las reglas propias del Derecho Privado; d) la decisión judicial se construye a partir de reglas específicas que, mediante subsunción del supuesto de hecho, arrojan la solución específica del caso. El juez cumple la función de aplicar la ley; e) la regulación del Derecho Privado es percibida como apolítica, de lo que se deriva una estricta separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Desarrollo cada elemento en particular en Valicenti, 2020.

¹⁸¹ El modelo problemático de constitucionalización se caracteriza por: a) eficacia directa de las disposiciones de la Constitución y de los tratados que consagran reglas y principios con impacto sobre aspectos civiles o comerciales. La eficacia no es sólo a los efectos de defender los derechos individuales -esto es, mediante la imposición de deberes de abstención al Estado y a los particulares-, sino también para demandar el cumplimiento positivo de los beneficios acordados por las normas superiores. Surge así el problema de la eficacia directa de los derechos prestacionales ante el Estado y, más álgidamente, frente a particulares; b) el orden público no es sólo delimitador de los derechos subjetivos, sino que asume una actitud de promoción, y guía el desarrollo de ciertos derechos individuales, fundamentalmente los referidos al acceso a bienes mínimos considerados imprescindibles; c) el valor argumental de las normas constitucionales y convencionales es completo y autosuficiente. El fundamento de una pretensión o una decisión judicial se abastece con la sola invocación de los textos constitucionales, aun cuando no existan normas expresadas en las leyes civiles; d) la decisión judicial se construye no sólo con reglas sino también con principios -que no contienen una solución determinada-. El juez debe *construir* la solución del caso. Para ello debe edificar una fundamentación que luzca razonable, la que comúnmente se basa en principios (y en reglas, si las hubiera); e) se asume el carácter político de la regulación de Derecho Privado y, paralelamente, se disuelven las diferencias con el Derecho Público. Desarrollo cada elemento en particular en Valicenti, 2020.

si bien no modificó las normas que expresaban el liberalismo decimonónico, incorporó una gran cantidad de disposiciones de tratados de Derechos Humanos que expresan un modelo diferente de Estado, más cercano al llamado “Estado social de Derecho”, el que, si bien no abandona el liberalismo político, lo atempera en términos económicos. En cambio, los Códigos continúan expresando una versión más liberal de la propiedad privada y de la autonomía privada.

Es aquí donde podemos insertar el problema de la pobreza en el Derecho Privado o, mejor dicho, la falta de inserción en la regulación civil y comercial. Lógicamente, no estoy sugiriendo efectuar un cambio radical y “abolir” el Derecho Privado tal como lo conocemos. Lo que pretendo es proponer una revisión crítica de algunos de sus institutos, para llamar la atención sobre las tensiones que surgen al prestar atención a la pobreza.

2.- Una agenda inicial de problemas

Si compartimos que el Derecho Privado debe asumir un compromiso mayor en cuestiones de pobreza y marginalidad, estamos en condiciones de comenzar a recorrer un camino que nos llevará a descubrir una nueva agenda de problemas. Incluso, podremos advertir que varios de esos problemas pueden resolverse mediante la reconfiguración de institutos que ya poseemos en nuestro sistema jurídico.

2.1.- Algunas consideraciones generales e iniciales

Antes de ingresar en el tratamiento de algunas cuestiones más puntuales, nos interesa esbozar algunas consideraciones generales sobre la forma en que el Derecho Privado puede abordar a la cuestión de la pobreza.

En este sentido pueden retomarse algunas propuestas dadas desde la filosofía del derecho (privado). El abandono del ideal egoísta (para dar lugar al ideal cooperativo o altruista) y, por otra parte, el abandono del ideal correctivo (o de justicia correctiva), para dar lugar a la justicia distributiva.

Se ha señalado que el Derecho Privado se encuentra edificado sobre un ideal individualista, según el cual existe una separación radical entre el interés propio y el interés ajeno (Pereira Fredes, 2018). En otras palabras: el plan personal de vida de un sujeto puede ser desarrollado exitosamente sin atender a

las necesidades ni a la posición en que se encuentran los otros (los terceros). Sólo se exige no afectar la esfera personal de esos otros. Se advierte fácilmente que este ideal se encuentra reflejado paradigmáticamente en el art. 19 de la CN. Sin dejar completamente de lado esta construcción, se propone efectuar una relectura del Derecho contractual -y del Derecho Privado en general- desde una noción moderada de altruismo, según la cual es posible poner atención a los intereses de los demás aunque sin promover sacrificios ilimitados en favor de otros (Pereira Fredes, 2018). De esta manera, la relectura desde el altruismo moderado permitiría explicar alternativamente -y agregó, desarrollar- la estructura y el funcionamiento de ciertos institutos tradicionales del Derecho Privado. Esta lectura de las reglas del Derecho Privado en base a criterios altruistas serviría como una de las estrategias para abordar el desafío de asumir el problema de la pobreza en el Derecho Privado (Pereira Fredes, 2016).

Por otro lado, se han propuesto lecturas basadas en la justicia distributiva, tanto en el Derecho de los contratos como en el Derecho de daños. Esto implicaría poner en crisis el ideal de justicia correctiva que ha guiado tradicionalmente al Derecho Privado. En el marco de los contratos, Anthony Kronman ha sugerido que el principio de libertad individual (entre nosotros, la autonomía privada) que explica la obligatoriedad de los contratos, constituye una regla formal, pero no nos dice nada respecto a qué “aprovechamientos” es posible tolerar en el marco de las relaciones contractuales. Para ello, según el autor, es necesario incorporar algún principio adicional con el que evaluar la sustancia de los contratos (el contenido). Y para ello propone adoptar el principio de paretianismo, según el cual, en una interacción contractual un aprovechamiento de una parte sobre la otra está permitido sólo si la parte “aprovechada” (explotada) mejora en el largo plazo (Kronman, 2014)¹⁸². En la misma línea, pero en el marco del Derecho de la responsabilidad civil, se han presentado propuestas que vinculan la justicia correctiva -normalmente asignada a la “reparación” del daño- y la justicia distributiva (Papayanis, 2013:119).

Estas novedosas perspectivas filosóficas -breve y hasta torpemente presentadas- pueden constituir un marco ideológico alternativo desde el que pensar los desafíos que vengo exponiendo.

Pero vayamos al grano: *¿qué puede hacer el Derecho Privado por la pobreza?*

La primera tarea podría consistir en evitar que los propios institutos de Derecho Privado *generen* pobreza. Ello implica, fundamentalmente, empen-

¹⁸² La tesis ha sido criticada, entre otros, por Hevia (2008).

der una revisión crítica para advertir los mecanismos que hoy permiten ensanchar (o consolidar) la grieta entre los que más tiene y los que menos tienen (o no tienen nada)¹⁸³. Otra tarea en ese camino sería la de *prevenir* la pobreza, en el sentido de introducir mecanismos protectorios que prevengan la “caída en picada” hacia el desamparo (i. e., limitando realmente el poder de agresión del acreedor, sobre todo cuando este ha contribuido a generar o encarecer la deuda). Una tercera tarea es imaginable: para contribuir a la reducción de la pobreza, el Derecho Privado debería hacer más fácil el acceso a las relaciones de Derecho Civil y comercial, principalmente al contrato y a la propiedad.

Lógicamente, esta constituye una enumeración inicial al sólo efecto de pensar posibles líneas de profundización. Por ahora, y aquí, me detendré en la última tarea: *el acceso a las relaciones de Derecho Privado*. La cuestión es de relevancia, pues, paradójicamente, el pobre es el que “no está en una relación de Derecho Privado”.

2.2.- ¿Hay un derecho al acceso?

El problema del acceso ha sido tradicionalmente ignorado por el Derecho Civil (Lorenzetti, 1995:51). Las normas se han abocado a regular las relaciones privadas ya constituidas -generando, la “sala de espejos” que impide advertir los problemas de quienes quedan afuera-. Esta situación ni siquiera se vió conmovida en regulaciones microsistémicas que pretenden tutelar la situación de inferioridad de una de las partes, como lo ha sido el Derecho laboral y lo es ahora el Derecho del consumidor. En ambos casos se consagra un sólido principio protectorio -en favor de quien se encuentra en una relación laboral o en una relación de consumo-, pero han sido escasos los esfuerzos por tutelar a quienes pretenden acceder a una relación jurídica de esa naturaleza.

Frente a ello, el desarrollo de un “derecho al acceso” puede ser una importante herramienta con la que el Derecho Privado puede contribuir a abordar la pobreza. El derecho del consumidor ha dado unos tímidos pero consistentes primeros pasos desde los que pensar el desarrollo de este nuevo derecho.

¹⁸³ Para afrontar esta revisión será necesario que, así como ha sido cuestionada la abstracción del sujeto de Derecho Privado decimonónico, sea también cuestionada la abstracción del “tercero” (quien no es parte de una relación de Derecho Privado).

2.2.1.- El acceso en el derecho del consumidor

La norma constitucional destinada a la tutela del consumidor no refiere al acceso al consumo (art. 42, CN). Sin embargo, el Código Civil y Comercial incorpora la referencia al “principio de acceso al consumo sustentable” como un directiva de interpretación de las normas microsistémicas (art. 1094). El alcance parece ser limitado en un doble sentido. Por un lado, se trata de una indicación dada para el caso en que haya que interpretar textos legislativos; por otro lado, se hace referencia al “consumo sustentable” y por lo tanto la preocupación inicial del legislador sería en realidad la tutela del ambiente. No obstante, la doctrina nacional ya le ha otorgado un sentido más extensivo a la norma y ha sostenido que en nuestro país el régimen del consumidor consagra un derecho al acceso al consumo (Hernández y Frustagli, 2017; Sahián, 2018; Trivisonno, 2021)¹⁸⁴.

Más allá de esa conclusión, lo verdaderamente importante es pensar qué contenido tiene ese derecho al acceso. Es decir, qué facultades asegura a la persona y qué deberes impone a los proveedores.

Una de las primeras exigencias -incluso desarrollada en el Código- se encuentra en el ejercicio de la facultad de elegir al contratante (cliente). En ese punto, se consagra una novedosa protección contra la discriminación que se traduce en una importante limitación a la libertad de contratar de las empresas, particularmente en los contratos que involucran directamente el acceso a bienes básicos, protegidos como derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vivienda o el derecho a la alimentación. El razonamiento que sigo es el siguiente: el art. 1098 del CCC consagra el “trato no discriminatorio” que obliga a los proveedores a “no establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad”. Esa norma, no determina un “ámbito de aplicación”, por lo que se extiende, entre otros, a la oferta de bienes y servicios que efectúan los proveedores de manera abierta e indeterminada. Luego, se generan algunas consecuencias:

- a) *la oferta diferenciada no puede estar basada en categorías discriminatorias*: el acceso al consumo es mecanizado mediante un sistema par-

¹⁸⁴ La doctrina se ha pronunciado en conjunto sosteniendo que “los principios de acceso de acceso al consumo y de consumo sustentable son dos principios autónomos, aunque articulados adecuadamente por el artículo 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en el marco de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017). Ver “Conclusiones de la Comisión n°6 sobre Derecho del Consumidor”, en <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/conclusiones/> (consultado el 23 de junio de 2021).

ticular de contratación –la oferta al público, rodeada de marketing y publicidad–, en el marco del cual el proveedor puede establecer ofertas diferenciadas. Esas diferencias, no deberían estar basadas en motivos discriminatorios sino que deberían guardar relación con las diferencias en la cantidad o calidad de prestaciones ofrecidas. El art. 1098 del CCC incluye una “categoría sospechosa” que tiñe de arbitraria la distinción: la nacionalidad. Entonces, si el proveedor utiliza la nacionalidad como criterio de distinción del precio, tiene la carga de argumentar que ese criterio constituye un medio idóneo y necesario –pues no existe otro medio menos restrictivo– para alcanzar el fin lícito pretendido¹⁸⁵. En pocas palabras, la oferta no puede ser discriminatoria.

b) *el derecho a “no contratar” debe basarse en un motivo razonable que no implique discriminación*: el derecho a seleccionar el contratante debe estar fundado en un motivo razonable y adecuado a la naturaleza de la oferta. Es decir el “derecho de admisión” tiene como límite el trato discriminatorio y por ello deberá ejercerse en base a criterios razonables. Las limitaciones podrán estar orientadas, por ejemplo, a proteger a los eventuales consumidores (vgr. es razonable limitar el ingreso a menores de edad a determinados espectáculos, así como también parece razonable excluir del lugar a quien desarrolle conductas agresivas en el local comercial)¹⁸⁶.

No es nuestra intención desarrollar aquí el problema de la discriminación en el derecho del consumidor¹⁸⁷. Sin embargo, quisiera problematizar la siguiente cuestión: si la condición social y la posición económica es considerada una categoría sospechosa que *prima facie* resulta violatoria del principio

¹⁸⁵ En un caso fallado por la Cámara Nacional Comercial, se analizó si la diferencia de precios establecida por la empresa licenciataria de un “bus turístico” de la Ciudad de Buenos Aires en función de lugar de residencia constituía o no un trato discriminatorio en perjuicio de los consumidores extranjeros. La Cámara consideró que no existía tal discriminación pues entendió que el establecimiento de precios más baratos para los residentes se inscribía dentro de una política de acción social en beneficio de los vecinos (Cam. Nac. Com., Sala C, “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Derudder Hermanos-Rotamun Unión Transit. de Empresas”, del 14/10/2014, en *La Ley* 2015-A, p. 462).

¹⁸⁶ Desde el año 1997 el art. 4 de la Ley Antidiscriminatoria obliga a los “*locales bailables, de recreación, salas de espectáculo, bares, restaurantes u otros de acceso público*” a exhibir en forma clara y visible el texto del art. 16 de la CN, con la adición de la leyenda “*frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o juzgado civil de turno, quienes tienen la obligación de tomar su denuncia*” (art. 5, ley cit.). Se trata de contrarrestar la conocida expresión “*la casa se reserva el derecho de admisión*”.

¹⁸⁷ Para ello remitimos a un trabajo previo (Valicenti, 2017).

de no discriminación (conf. Maurino, 2012), ¿qué ocurre con muchas de las prácticas comerciales usuales que suelen distinguir, expresa o implícitamente, según la capacidad y niveles de consumo de la persona? Algunos casos que tengo en mente: ofertas en las que se ofrece un descuento “comprando una segunda unidad”; diferencias de precio según se compre una unidad o se compre un pack de varias unidades, o se adquiriera el producto fraccionado¹⁸⁸; mecanismos de fidelización que ofrecen descuentos a quienes poseen una tarjeta de débito o crédito determinada.

Se trata de casos los en que el precio final que pagará el consumidor está directamente determinado según su capacidad de consumo: si puede comprar una segunda unidad, pagará un precio individual menor que si sólo compra una. Es claro que este tipo de prácticas implican una consolidación de la pobreza ya que quienes menos recursos tienen carecen de la posibilidad de planificar la economía cotidiana y adquirir un sobrestock para reducir costos. ¿Acaso estas ofertas no están basadas en categorías discriminatorias, aún cuando las expongan explícitamente?

2.2.2.- Complejidades derivadas del acceso financiado al consumo

El mercado propone una salida: el consumo financiado. Se ha dicho que asistimos a una “democratización del crédito” o al desarrollo de la “inclusión financiera”, queriendo reivindicar así las bondades de la financiación y la bancarización al alcance de los sectores de la población, aún los más bajos. Sin embargo, el resultado ha sido un excesivo endeudamiento de los hogares, generando el preocupante fenómeno del “sobrendeudamiento” de la persona.

La presión de la deuda en los ingresos familiares crece año a año: según datos oficiales de 2019¹⁸⁹, los hogares destinan, en promedio, el 25,7% de los ingresos al pago de deudas de consumo (principalmente, créditos hipotecarios, prendarios, y personales; y tarjetas de crédito bancarias y no bancarias). La incidencia de la deuda llega al 46,7% de los ingresos en la franja de menores ingresos. Se trata del mayor nivel de endeudamiento en 14 años, con la advertencia de que la pandemia de COVID-19 probablemente haya agudizado la situación. Además, para la misma fecha existían 25,3 millones de tarjetas de crédito emitidas, con una tasa efectiva anual promedio del 124%.

¹⁸⁸ Sobre este punto basta pensar en la diferencia de precios que pagan quienes acceden al servicio domiciliario de gas o agua potable, y quienes deben adquirir esos mismos bienes envasados en garrafas o bidones.

¹⁸⁹ Seguimos el *Informe de Estabilidad Financiera* del Banco Central de la República Argentina de mayo de 2019.

Esta situación compromete directamente la libertad de las personas: con altos niveles de endeudamiento, quien deja de producir ingresos para alimentar el pago de la deuda, se ve amenazado de ingresar en la pobreza en un corto período de tiempo¹⁹⁰.

En este escenario, el acceso financiado al consumo, lejos de constituir una alternativa para quienes carecen de medios para satisfacer sus necesidades más básicas, constituye una de las causas del agravamiento de la pobreza. Eso puede percibirse, en primer lugar, por el costo más caro que pagan quienes carecen de ingresos en blanco o no pueden demostrar ingresos en la economía formal. Las tasas de interés suelen ser más altas, bajo el clásico razonamiento de que esos grupos presentan un riesgo mayor de insolvencia. A diferencia del endeudamiento empresarial, el consumidor no toma el crédito para generar producción sino para su propio consumo y, por lo tanto, la tasa de interés ya no está vinculada a la productividad cedida sino a los ingresos futuros de la persona (Favier Dubois, 2021).

Por otro lado, quienes carecen de ingresos y deben recurrir al endeudamiento para paliar la carencia, difícilmente puedan luego sostener el cumplimiento a largo plazo. Al final, acabarán pagando aún más caro el “precio” del crédito al deber, no sólo el interés compensatorio, sino también el interés moratorio, los cargos adicionales derivados de la cobranza compulsiva, e incluso los honorarios de los abogados intervinientes.

Ante esta situación debemos preguntarnos, ¿quién cargará con los costos derivados del endeudamiento indiscriminado, muchas veces abusivo?

El Derecho Privado carga normalmente la culpa del incumplimiento sobre el deudor. Sin embargo, se propone una revisión de este postulado para advertir que, por un lado, los proveedores de servicios financieros suelen adoptar una conducta poco diligente al conceder productos crediticios (préstamos personales, tarjetas de crédito), mientras que, en muchos casos, el incumplimiento es promovido por el modo en que se genera la contratación. Ocurre lo que advertía Galgano: *“antes, los contratos servían sólo para hacer circular las cosas; hoy sirven también para hacerlas, para crear productos financieros”* (2005:24). La deuda se transforma en una mercancía que circula en el mercado financiero: al acceder a un préstamo el tomador suscribe un *“comercial paper”* y entonces el reconocimiento de deuda incorporado a un documento se transforma en res –se cosifica– y se comercializa en el mercado financiero, por ejemplo,

¹⁹⁰ A partir de ello es que se señala el efecto despolitizador del crédito (Valenzuela y Bonilla, 2015:95).

mediante cesión a un fideicomiso financiero (mecanismo de difundida actualidad en el país). Se trata de una de las tantas caras que adopta el “proceso de desmaterialización de la riqueza”.

Frente a ello, se ha propuesto desarrollar el concepto de “préstamo responsable”, de acuerdo al cual: a) los proveedores deberán reforzar sus deberes de evaluación del cliente, aplicando la regla según la cual es su deber “conocer al cliente” (know your customer); b) el deber de información se transforma en un deber de asesoramiento y de advertencia; c) se permite el arrepentimiento y la liberación anticipada del deudor; se limitan los mecanismos de securitización y ejecución de los pasivos¹⁹¹. Vale destacar que, pese a las bondades de la propuesta, no dejan de ser herramientas que se insertan dentro del paradigma vigente. Sin embargo, no logran conmovir sus bases y por lo tanto, al final, acaban operando como dispositivos legitimadores de la situación vigente. Alternativamente, desde hace varios años se viene discutiendo la posibilidad de incorporar un proceso universal de saneamiento frente al sobreendeudamiento de la persona (Japaze, 2016).

En términos generales, considero que el crédito debe ser pensado de una manera diferente. La transformación del capitalismo industrial en capitalismo financiero, ha implicado que del consumo basado en el ahorro se haya pasado al consumo basado en la financiación. En este marco, crece la preocupación por el fortalecimiento de los derechos de los acreedores respecto a los de los deudores (Favier Dubois, 2021). Por eso, no resulta osado proponer que el proveedor-acreedor deba cargar con alguna cuota de responsabilidad por el endeudamiento masivo. El nuevo paradigma del crédito para el consumo habrá de incluir innovaciones respecto a, por ejemplo: a) el deber del proveedor del crédito de internalizar ciertos costos derivados del incumplimiento (intereses moratorios, cargos adicionales, honorarios, etc.); b) la restricción de mecanismos ejecutorios con los que tradicionalmente se empoderó al acreedor (juicio ejecutivo), cuando dolosamente ha provocado o agravado la mora del deudor; c) la consagración de acciones de responsabilidad civil tendientes a reparar los daños provocados por el endeudamiento abusivo.

2.2.3.- El acceso a la vivienda

Un tema particularmente problemático en los últimos 100 años ha sido el del acceso a la vivienda.

¹⁹¹ Estos institutos fueron desarrollados en uno de los recientes proyectos de reforma integral del régimen del derecho del consumidor (ver, Junten Bas, 2019).

El derecho a la vivienda ha tenido un frondoso desarrollo en el ámbito internacional. Sintetizando, podría citarse la caracterización que le ha dado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante, Comité DESC) en la Opinión General 4 de 1991, en la que ha dicho que el derecho a la vivienda adecuada comprende una serie de elementos, tales como: a) *la seguridad jurídica de la tenencia*, noción que involucra diferentes mecanismos o formas jurídicas, entre las que el mismo Comité DESC menciona el alquiler; b) *la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura*; c) *gastos soportables*, noción que para el Comité involucra la protección de los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres; d) *habitabilidad*; e) *asequibilidad*, aspecto que –en lo que aquí nos interesa– implica el deber de conceder a los grupos desaventajados un acceso pleno y sostenible para conseguir una vivienda; f) *lugar*; g) *adecuación cultural*.

La protección de la vivienda adecuada se ha canalizado en el Derecho Privado mediante diferentes mecanismos. Tradicionalmente se ha otorgado protección al *propietario* lo que, en términos del acceso a la vivienda, constituye una de las formas con las que el Estado genera *seguridad jurídica de la tenencia*. Si bien la protección es loable, no debe perderse de vista que, toda vez que la propiedad privada es uno de los pilares del programa jurídico del liberalismo político y económico, las normas que protegen al propietario en el ámbito del Derecho Privado tienen origen en ideas diferentes a las que inspiran el derecho a la vivienda adecuada. Por otro lado, tal como lo ha destacado la Relatora Especial de la ONU sobre vivienda adecuada, en el desarrollo del derecho a la vivienda “*la mayoría de los países optaron por promover los mercados inmobiliarios y la propiedad privada, privatizando los programas de viviendas sociales y desregulando los mercados de crédito inmobiliario*”¹⁹².

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

¹⁹² ROLNIK, R., *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Consejo de Derechos Humanos-ONU, cita: A/HRC/22/46, 9.

Los debates se presentan en el marco del contrato de locación pues la mayor protección del locatario –quien, mediante el contrato abastece su derecho fundamental de acceso a la vivienda adecuada– colisiona con la posición jurídica del propietario-locador. El problema presenta actualidad, pues como ha señalado el Programa ONU-Habitat, *“los convenios de arrendamiento y los contratos de compraventa entre particulares satisfacen una proporción importante de las necesidades en materia de vivienda”*¹⁹³.

Nuestro país presenta una larga evolución legislativa en torno al contrato de locación. El último capítulo ha sido la sanción de la ley 27.551 denominada “Ley de alquileres”. La ley introduce modificaciones e incorpora soluciones destinadas a tratar especialmente el problema del acceso al contrato (Valicenti, 2020-2).

Partamos de una observación: en la arquitectura actual del “mercado inmobiliario” quien pretende alquilar debe sortear diversas barreras de acceso. Las situaciones son múltiples y van el elevado costo inicial (compuesto por la suma de alquileres anticipados, sumas dadas en garantías, honorarios debidos al corredor interviniente y gastos de instrumentación), hasta la imposibilidad de abastecer las garantías personales exigidas. Frente a ello, la tutela del acceso al contrato de locación se produce mediante una serie de mecanismos que podemos ubicar en: a) la celebración del contrato, incluida la “selección” del locatario; b) las exigencias conexas a la celebración vinculadas a las garantías y a la retribución del intermediario interviniente en la celebración; c) la fijación de obligaciones adicionales que vuelven más oneroso el contrato.

No analizaré aquí cada uno de los institutos en particular¹⁹⁴, pero sí señalaré que en ellos podemos advertir progresivos avances dados por el Derecho Privado en pos de contribuir a la concreción del derecho a la vivienda. Estos avances contribuyen además a desarrollar, de manera más general, el derecho al acceso.

Con todo, no soslayo que, a pesar de reforzar la tutela del locatario, las normas civiles continúan “ocultando” -al no regular- situaciones contractuales mucho más precarias que el contrato de locación, como la habitación en hoteles o pensiones, única opción para quienes carecen de medios suficientes para acceder a un contrato de alquiler (Zayat, 2014:116).

¹⁹³ ONU-HABITAT, *El derecho a la vivienda adecuada*, Geneva, 2010, 39.

¹⁹⁴ Para eso remito a Valicenti, 2020-2.

3.- Cierre y algunas conclusiones provisionarias

Como surge del título, nuestra pretensión no es más que instalar el debate en torno a cuál ha sido (y debería ser) el compromiso del Derecho Privado con el problema de la pobreza. En sociedades profundamente desiguales, con condiciones estructurales difíciles de revertir, no podemos dejar de preguntarnos ¿cuánta desigualdad es compatible con el Derecho Privado contemporáneo?

El Derecho Privado debe definitivamente involucrarse en el problema de la pobreza, comenzando por reflexionar acerca de cómo su actual configuración contribuye a perpetuar y agravar las situaciones de marginalidad.

Las definiciones sobre el diseño del Código Civil y Comercial -y el resto de las normas de Derecho Privado- no son una mera cuestión científica, sino que involucran directamente una discusión política (López y López, 2016:49; Sozzo, 2007:350). Ante ello, no deberíamos dejarnos convencer de que la configuración del sistema, tal como la tenemos hoy en día, es la única posible.

Bibliografía

Bauman, Zygmunt (2007), *Vidas de consumo*, Fondo de Cultura Económica, México

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

Cao, Christian A.(2015), “La interpretación constitucional de las resultantes del contrato a la luz del derecho de propiedad privada en el Código Civil y Comercial”, en *Revista Código Civil y Comercial*, ejemplar del 17/09/2015, p. 285.

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

Galgano, Francesco (2005), *La globalización en el espejo del Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

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

Favier Dubois, Eduardo M. (2021), “El crédito frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas en contratos, ejecuciones y concursos”, en *La Ley*, diario del 29 de abril de 2021, pp. 1-9.

Gierke, Otto von (2015), *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, Comares, Granada.

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

Hevia, Martín, (2008), “Kronman, el derecho de los contratos y la justicia distributiva”, en *Isonomía* no.29 (oct. 2008), pp. 177-191.

Hernández, Carlos y Frustagli, Sandra (2017), “Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo” en *La Ley Online*, cita: AR/DOC/4063/2017

Japaze, María Belén (2016), “El sobreendeudamiento del consumidor en Argentina. La segunda oportunidad en la ley concursa española”, en *La Ley Online*, cita: AR/DOC/2829/2016.

Junyent Bas, Francisco (2019), “El crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. La regulación de obligaciones cambiarias conexas”, en *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, La Ley, Bs. As., pp. 437-461.

Kronman, Anthony (2014), “Paternalismo y derecho contractual”, en Lepere, Pablo (trad. y comp.), *Teoría de los contratos*, Universidad de Palermo, 199-240.

López y López, Ángel M. (2016), *El Derecho Civil entre tradición histórica y constitución política*, Aranzadi, Pamplona.

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

Menger, Anton (1898), *El Derecho Civil y los pobres*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.

Maurino, Gustavo (2012), “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coords.), *El Derecho a la Igualdad*, 2º edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 265-296.

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

Nicolau, Noemí L. (1995), “La Constitución Nacional y los Códigos de Derecho Privado”, en *Trabajos del Centro*, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1, pp. 33-36.

Papayanis, Diego M. (2013), “Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad”, en Papayanis, Diego M. (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Marcial Pons, Buenos Aires, pp. 101-126.

Pereira Fredes, Esteban (2016), “Derecho Privado y pobreza” en VV. AA., SELA 2016: *El Derecho, el Medio Ambiente y las Crisis Actuales en el Capitalismo Mundial*, Librería, Buenos Aires, pp. 126-149.

Pereira Fredes, Esteban (2018), “Altruismo y derecho contractual”, en Papayanis, Diego M. y Pereira Fredes, Esteban, *Filosofía del Derecho Privado*, Marcial Pons, Buenos Aires, 139-168.

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

Sahián, José M. (2018), “Nuevo desafío de la tutela del consumidor. El derecho de acceso al consumo o mercado”, en *La Ley Online*, cita: AR/DOC/3459/2018.

Sozzo, Gonzalo (2009), “El arca cultural: entre lo público y lo privado, un proyecto democratizador de la Propiedad Privada (el caso de la tutela del Patrimonio Cultural en la provincia de Santa Fe, República Argentina), en Sozzo, Gonzalo (dir./coord.) – *La protección del Patrimonio Cultural. Estudios sociojurídicos para su construcción*, Ediciones UNL, Santa Fe, pp. 13-58.

Trivisonno, Julieta B. (2021), “Derecho a la alimentación adecuada y Derecho del Consumidor”, en *Revista de Derecho del Consumidor*, n° 10 - abril 2021, IJ Editores.

Valenzuela, Paulina y Bonilla, Angélica (2015), “La pobreza y el crédito: entre la inclusión y la vulnerabilidad”, en *Revista CIS*, n°19, pp. 82-100.

Valicenti, Ezequiel (2016), “Patrimonio cultural, acceso a los bienes culturales artísticos y función colectiva de la propiedad”, en *Microjuris Argentina*, Cita: MJ-DOC-10325-AR | MJD10325

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

Valicenti, Ezequiel (2020), “¿Qué es y cómo opera la constitucionalización del Derecho Privado en Argentina? Aportes conceptuales para la discusión”, en Valicenti, Ezequiel (comp.), *Actas II Jornadas de investigación en Ciencia Jurídica*, Editorial Azul, Azul, pp. 61-80.

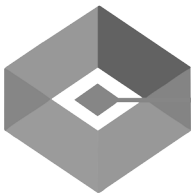
Valicenti, Ezequiel (2020-2), “Nueva ley de alquileres y acceso al contrato de locación”, en Lezcano, Juan M. y Krieger, Walter, *Locaciones Urbanas. Análisis de las Modificaciones de la Nueva Ley de Alquileres*, IJ Editoriales, Bs. As.

Zayat, Demin (2014), “Los pobres en el nuevo Código Civil”, en *Revista argentina de teoría jurídica*, UTDT-Siglo veintiuno, pp. 105-118.



DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Artículo 120 del Código Penal Argentino: del estupro al aprovechamiento de la inmadurez sexual. ¿Un verdadero cambio de paradigma?- La relevancia de trabajar con perspectiva de género



Stefania Borthiry

(UNMDP)

Resumen

En el año 1999 el Estado Argentino redefinió el bien jurídico protegido en el Título III del Libro II del Código Penal, abandonando el concepto de honestidad e intentando eliminar cualquier rastro sobre cuestiones morales y protección de la honra de los allegados a las víctimas, para pasar a amparar estrictamente la integridad sexual de las personas. Puntualmente, el artículo 120 del Código Penal de la Nación -antes conocido como *estupro*- se vio sometido a un aparente cambio sustancial. Si bien a simple vista pueden vislumbrarse amplias diferencias entre el viejo artículo y su regulación actual, resulta esencial estudiar si los cambios perpetrados son respetuosos de la normativa internacional en materia de género a las que se ha comprometido el Estado Argentino, ya que, como bien es sabido, las niñas, adolescentes y mujeres son quienes padecen en mayor medida la violencia sexual.

Por ello, en el presente se analizarán, en primer lugar, las modificaciones efectuadas al artículo 120 del Código Penal, para luego hacer mayor hincapié en el concepto de inmadurez sexual y su cuestión probatoria. Finalmente, se intentará dilucidar si la reforma efectuada en el año 1999 fue tan transformadora como se pretendió o si aún resulta insuficiente ante la normativa internacional vinculada a la cuestión de género.

1.- Introducción

En el año 1999 mediante ley n° 25.087 se modificó el Título III del Libro II del Código Penal Argentino *“Delitos contra la honestidad”*, que pasó a llamarse *“Delitos contra la integridad sexual”*. Este cambio se dio como consecuencia de la reforma a la Constitución Nacional efectuada en 1994, mediante la cual la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer¹⁹⁵ (CEDAW) adquirió jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22).

Es que anteriormente, *“la acreditación de la honestidad constituía un condicionamiento para el despliegue de la protección penal de la víctima de violencia sexual. Este criterio ha sido dejado de lado ante el reconocimiento de que la capacidad de las personas de decidir sobre su sexualidad y la garantía de su protección, están directamente relacionadas con los principios de dignidad, de igualdad y de no discriminación.”*(SilvayLlaja,2017:143-144). Así, el Estado Argentino redefinió el bien jurídico protegido en el título en cuestión. Se abandonó el concepto de honestidad, intentando eliminar cualquier rastro sobre cuestiones morales o la protección de la honra de aquellos hombres de la familia de la víctima o sus allegados, pasando a amparar estrictamente la integridad sexual de las personas.

Puntualmente, en torno a los delitos de abuso y con víctimas menores de edad el objetivo es perseguir *“cualquier conducta ajena que interfiera en el ámbito del pautado desarrollo psicológico de la sexualidad del individuo o desconozca el contenido de su libido (...) en este sentido, el bien jurídico ‘integridad sexual’ toma en cuenta dos intereses: la libertad de la determinación sexual y el normal desarrollo sexual del menor de edad”* (Bentivegna,2015:256).

En consecuencia, el artículo 120 del Código Penal de la Nación -antes conocido como estupro- se vio sometido a un cambio sustancial. Previo a la reforma señalada, se daba cuando un hombre accedía carnalmente a una mujer honesta, mayor de 12 años y menor de 15, y siempre que existiera seducción basada en ese carácter de la mujer. Actualmente el Código Penal establece que *“Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado”*.

Si bien con una simple confrontación de ambas tipificaciones se vislumbran diversos cambios, resulta esencial estudiar si los mismos son res-

¹⁹⁵Ratificada por ley n° 23.179 en 1985.

petuosos de la normativa internacional en materia de género a las que se ha comprometido el Estado Argentino. Sobre todo la incorporación del concepto inmadurez sexual ya que como bien es sabido, las niñas, adolescentes y mujeres son quienes padecen en mayor medida la violencia sexual.¹⁹⁶

Por ello en el presente se analizarán, en primer lugar, las modificaciones efectuadas al artículo 120 del Código Penal –respecto al bien jurídico, al sujeto activo y pasivo y a las acciones típicas– para luego hacer mayor hincapié en el concepto de inmadurez sexual y su cuestión probatoria. Finalmente, se intentará dilucidar si la reforma efectuada en el año 1999 fue tan transformadora como se pretendió o aún resulta insuficiente ante la normativa internacional vinculada a la cuestión de género..

2.-La antigua figura de “estupro” vs. la actual redacción del artículo 120 Código Penal

2.1 Bien jurídico protegido, conductas punibles y sujeto activo

Como consecuencia de la reforma indicada, el mayor cambio se efectuó sobre el bien jurídico tutelado, ya que el legislador tuvo *“la voluntad de dotar de mayor contenido al bien jurídico y hacerlo más compatible con las exigencias de un derecho penal propio de un Estado de derecho, cuyas bases se asientan en el marco de las líneas directrices impuestas por la reforma constitucional de 1994, que están orientadas, ciertamente, hacia un Estado protector de las libertades individuales entre las que se cuenta, precisamente la libertad sexual”*. (Boumpadre,2012:169).

Anteriormente, a través de la figura del antiguo artículo 120 se protegía la honestidad sexual, entendida como la reserva sexual basada en la inexperiencia de la mujer. En la legislación actual *“el cambio fundamental consiste en la eliminación de toda referencia a la honestidad, en especial, del sujeto pasivo y el cambio de paradigma por la violación de los derechos sexuales basados en el libre consentimiento mediante situaciones de poder o sometimiento.”* (De Luca y López Casariego,2009:118).

De todas formas, cierta doctrina sostiene que el objeto de protección no se ha visto modificado, ya que *“en el caso específico del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima lo que está siendo tutelado es la honestidad de*

¹⁹⁶Así lo sostuvo la Unidad Fiscal Especializada en violencia contra las mujeres (UFEM) en su “Relevamiento de fuentes secundarias de datos sobre violencia sexual a nivel país y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” del año 2016 aseverando que *“La violencia sexual afecta desproporcionadamente a las mujeres”* siendo que *“(...) representan el 93% de las víctimas de los hechos de violencia sexual con sentencia condenatoria a cargo de la UFEP”*.

la víctima. Este delito está atacando la inmadurez sexual de la víctima que (...) se caracteriza por su inexperiencia en materia sexual. Aquí existe similitud con el delito de estupro que contemplaba la anterior redacción del C.P., ya que lo tutelado en ese delito también es la honestidad de la víctima” (Edwards,1999:7)

Así las cosas, ante un panorama en el que aún se discute si efectivamente se ha corrido el foco de atención respecto la honestidad que debería detentar la víctima, hay cierto consenso doctrinario en aseverar que esta figura pretende proteger el libre y normal desarrollo de la sexualidad del individuo menor de edad -entre 13 y 16 años- como aspecto integrante de su personalidad.

En segundo lugar, se ampliaron las conductas punibles. El actual artículo 120 del Código Penal remite a las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 -esto es abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal-, mientras que el viejo estupro solo se configuraba ante un abuso sexual con acceso carnal¹⁹⁷.

En relación con el acceso carnal, la sustitución de “hubiere acceso carnal” por la expresión “tenga acceso carnal” efectuada mediante ley n° 25.087 al artículo 119 permitió una interpretación novedosa respecto al sujeto activo. Previamente, la doctrina mayoritaria entendía que *“en el caso del acceso carnal, el sujeto activo del delito solo puede ser el varón, ya que solo este es quien puede acceder carnalmente a la víctima, pues es quien puede introducir su órgano sexual dentro del de la mujer.”* (Donna,2000:106). Si bien cierta doctrina minoritaria aseveraba que practicar el coito era un acto bilateral y daba lugar a que la inclusión de la violación inversa¹⁹⁸, no fue hasta el reemplazo del verbo típico “tener” por “haber” que pudo pensarse más claramente a una mujer como perpetradora de este delito. Aquellos que consideraban que únicamente el hombre era el que podía “tener acceso carnal”, vieron alterado el cuadro de situación una vez que la ley comenzó a requerir que “hubiere” acceso carnal, lo que dio lugar a la existencia de un abuso cometido tanto por un hombre como por una mujer indistintamente.

A mayor abundamiento, con la reforma de ley n° 27.352, se amplió aquello que se entendía como “acceso carnal”. Al adicionar la frase *“hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o*

¹⁹⁷Si bien el art. 119 fue modificado por ley n° 27.352a posteriori de la reforma aquí estudiada (ley n° 25.087) la remisión pautada en el artículo 120 se sostuvo.

¹⁹⁸*“En la dogmática jurídica penal se entiende por violación inversa, al delito de violación cometido por una mujer sobre un hombre, sea accediéndolo carnalmente contra su voluntad, mediante el empleo de la fuerza física, la amenaza o la intimidación, o en ausencia de su voluntad cuando se encuentre privado de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no es capaz de oponer resistencia”* Albarca Galeas, Luis. (2011), *Delitos sexuales*, Editorial jurídica del Ecuador, Quito.

partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.”, se saldó la discusión respecto la fellatio in ore¹⁹⁹, reforzando además la posibilidad de que exista una mujer autora de la figura del artículo 119 tercer párrafo y, por ende, del artículo 120. Asimismo, en relación al autor, la norma establece que el hecho debe darse en razón de su mayoría de edad. Respecto a ello, se ha discutido si debe entenderse mayor que la edad con la que cuenta la víctima al momento del hecho o mayor de edad a nivel legal²⁰⁰. La más acabada doctrina afirma que por mayoría de edad debe entenderse la legal a pesar que *“la mala redacción del artículo puede dar pie a otra interpretación en el sentido de que sea mayor de edad con respecto a la víctima”* (Donna,2000:106). De todas formas, si se interpretara que el sujeto activo debe contar con más años que la víctima se estaría haciendo referencia a la relación de preeminencia que la misma norma menciona como otro elemento del tipo -el cual será tratado ut infra-.

2.2.- Sujeto pasivo - Inmadurez sexual: concepto y cuestión probatoria- Aprovechamiento

En cuanto al sujeto pasivo, el antiguo estupro exigía tres requisitos: que fuera una mujer entre 12 y 15 años, que fuera honesta, y que existiera seducción. Tanto la doctrina como la jurisprudencia entendían por honesta al estado moral de inexperiencia o de incontaminación sexual de la mujer, determinable por su conducta (Nuñez;1961:292).

Actualmente, el artículo 120 establece tres requisitos que podría decirse reemplazaron aquellos: sujeto mayor de 13 y menor de 16 años que sea inmaduro sexualmente y que el autor se aproveche de aquella inmadurez. Lo cierto es que la literalidad de la norma actual solo establece un máximo de edad para la víctima -16 años- y no lo hace con el mínimo, lo que sí ocurría con la antigua redacción que rezaba *“mayor de doce y menor de quince años”*. Sin embargo, la remisión al artículo 119 permite concluir que debe tratarse de una persona mayor de 13 años, pues de lo contrario el hecho delictivo recaería en aquel artículo. La misma reforma de ley n° 25.087 concedió la posibilidad de un hombre como víctima del delito al consignar en el artículo 120 *“el que*

¹⁹⁹ Previo a la reforma introducida por ley n° 27.352, cierto sector de la doctrina consideraba que la felación o sexo oral debía ser considerada como un abuso sexual gravemente ultrajante y no como abuso sexual con acceso carnal, que se daba exclusivamente en aquellos casos donde el miembro viril fuese introducido por vía vaginal o anal en el cuerpo de la persona abusada.

²⁰⁰ Previo a la reforma de la ley n° 26.579, era mayor de edad aquel sujeto que cumplía 21 años, pero con tal modificación al Código Civil la mayoría de edad pasó a reputarse a los 18 años

realizarse algunas de las acciones previstas (...) con una persona menor de dieciséis años". Particularmente, resulta de gran interés la incorporación del concepto de inmadurez sexual al artículo 120 del CP, toda vez que pareciera ser el principal objetivo de la reforma: reemplazar el término mujer honesta por inmadurez sexual con la que debe contar la víctima, intentando así romper con el viejo paradigma de mujer-objeto y de esa manera comenzar con el cumplimiento de la normativa internacional en materia de género con la que se viene comprometiendo desde 1994 el Estado argentino. Así lo plasmó en la Exposición de motivos el diputado Cafferata Nores al señalar que: *"se suprime el requisito de mujer honesta, partiendo de que el bien jurídico tutelado es la integridad y no la honestidad, y que en estos casos lo que se ve comprometido es la capacidad para asumir libre y plenamente el consentimiento."*

Pero lo cierto es que aquel objetivo parece no haber sido alcanzado cabalmente ya que la doctrina mayoritaria tiende a considerar inmadurez sexual como sinónimo de inexperiencia, lo que conecta directamente con el concepto de honestidad y todo resabio de moralidad que se intentó -fallidamente- desplazar. Según Boumpadre (2012:204) la expresión inmadurez sexual debe ser entendida como inexperiencia, desconocimiento, falta de hábito, en las relaciones sexuales. Es decir que la fórmula empleada por la ley presupone un menor no iniciado en la sexualidad, esto es, una persona sexualmente inexperta, de cuya condición debe aprovecharse el autor.

Asimismo, junto a Creus, Boumpadre (2007:219) expresa que el estupro requería que la víctima mujer fuera honesta, un elemento normativo cultural referido a la inexperiencia sexual del sujeto pasivo y que con la reforma, al incluir la expresión inmadurez sexual, solo ha cambiado la terminología, pues el individuo inmaduro sexualmente es aquel sexualmente inexperto, idea directamente vinculable a la honestidad.

En concordancia, Donna (2000:116) considera que la inmadurez sexual es la falta de experiencia en lo sexual, pero en el sentido de aquella persona que no comprende la significación última del acto, aunque pueda conocerla intelectualmente.

De igual manera, Tenca (2001:133) alega que la referencia a la inmadurez sexual es equivocada porque la madurez sexual, como facultad para consentir o no un acto de esa naturaleza, fue fijada a los trece años (artículo 119 primer párrafo). *"Seguramente se pretendió hacer referencia a la expresión 'inexperiencia sexual', con lo que la reforma no hace más que aggiornar la poco feliz expresión de 'mujer honesta' pese a la supuesta intención de eliminar la honestidad como bien jurídico protegido"* (Tenca, 2001:133).

Por otro lado, surge la cuestión probatoria respecto la inmadurez sexual ya que, como elemento normativo del tipo, debe ser probada en el proceso judicial pues la norma no la presume.

Según la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal Bonaerense²⁰¹: *“resulta indispensable la prueba de la obtención viciada del consentimiento en razón de un estado de inmadurez sexual de la víctima que, si bien puede resultar habitual en personas de entre 13 y 16 años, no corresponde que sea presumido. Se recurre así a una presunción “iuris et de iure” que afecta el principio de inocencia y la defensa en juicio porque -en contra del imputado- se da por cierto lo que puede ser falso, impidiendo toda controversia al respecto. Descartada entonces toda posibilidad de considerar acreditado -sin prueba- cualquier extremo de la imputación, no cabe otro camino que afirmar, por obvio que parezca, que si la ley exige aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, debe en primer lugar constatar que se trate de una víctima sexualmente inmadura, y ello constituye una cuestión de hecho que debe resolverse mediante el análisis racional de los elementos convictivos legalmente incorporados al proceso”*.

Así las cosas, al tener que probarse la inmadurez sexual, es esencial comprender que asemejarla a la inexperiencia implica directamente adentrarse en el historial sexual de la denunciante siendo que *“estas indagaciones sobre el pasado sexual de la víctima, o sobre su conducta previa a la agresión, constituyen otro de los mecanismos por medio del cual la justicia penal invade la esfera de la intimidad de la víctima, la maltrata y la revictimiza”* (Piqué,2017:336). Lo cierto es que el Poder Judicial, como poder integrante del Estado, al proceder de dicha forma lo hace en desmedro de la normativa internacional que ampara a las mujeres y comete actos discriminatorios cuando entra en juego el análisis en profundidad de la vida privada. Así también, pareciera plantearse la idea de que solo una mujer joven y casta puede ser víctima de la figura en cuestión. Podría entenderse que únicamente resulta merecedora de un reproche penal la agresión padecida por aquella mujer que no cuenta con experiencia en el plano sexual.

De esta forma el Estado incumple, por ejemplo, con lo establecido en la CEDAW en su artículo 2 que lo obliga a: *d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas*

²⁰¹Carátula: O.C. A. s/Recurso de casación (TC0001 LP 5717 RSD-632-3 S 28/08/2003 - Juez NATIELLO (SD)- Magistrados Votantes: Sal Llargués-Natiello-Piombo -Tribunal Origen: TR0400SM - Publicación: LLBA 2004, 181 - Publicación: Otr.Publ. L 2004 D, 129 - Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>

que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer. A mayor abundamiento, el artículo 5 inciso a) demanda “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Asimismo, la Convención de Belem do Pará²⁰² determina en su artículo 6 el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, incluyendo, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Por su parte, el artículo 7 inciso a) compele a “abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.” En cuanto a la normativa interna, que también se ve incumplida, la ley n° 24.685 en su artículo 3 hace referencia al trato respetuoso hacia las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización. La misma podría ocasionarse si desde el propio sistema de justicia se indaga sobre la vida íntima de la víctima de forma sobreabundante, es decir, más allá de lo indispensable para acreditar su inmadurez sexual.

Por su parte, el Reglamento de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional establece en su Regla 71²⁰³ que serán inadmisibles las pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o un testigo.

De igual manera lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos al decir que “según determinadas pautas internacionales en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género”²⁰⁴. Así, los estereotipos de género entendidos como construcciones sociales y culturales, o un grupo estructurado de creencias sobre los atri-

²⁰²Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida también como la Convención Belem do Pará ratificada por ley n° 24.632 en 1996.

²⁰³ Regla 71: Prueba de otro comportamiento sexual. Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

²⁰⁴Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr. 209.

butos de varones y mujeres, que se fundan en sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales, dejan desamparada a la mujer menor de edad denunciante con experiencia sexual.(Cook y Cusak,2010) *El problema con tales estereotipos es que “(...) implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales (...) Los estereotipos distorsionan las percepciones y, en la práctica judicial, conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos. De esta forma, afectan el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial”* (Pique, 2017:323-324). Si bien ciertas indagaciones pueden estar justificadas en el derecho de defensa, otras tantas responden a estereotipos de género, en virtud de los cuales las autoridades muestran mayor interés en la vida íntima de las víctimas que en esclarecer los hechos y sancionar a los responsables (CIDH, 2007, párr.19). Y ello es lo que ocurre cuando, al presentarse la figura regulada por el artículo 120 del Código Penal, se realiza un análisis exhaustivo del comportamiento sexual íntimo de la mujer lo que no hacen más que revictimizarla y dar lugar a una agresión innecesaria originada dentro del propio sistema de justicia.

De acuerdo a lo expuesto es que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en su Comunicación 1610/2007, ante un caso de abuso sexual con acceso carnal cuya víctima resultó ser una mujer menor de edad, criticó *“la sentencia que (...) centra su análisis del caso en la vida sexual y en determinar si era o no ‘prostituta’. Asimismo, toma la falta de virginidad como elemento principal para determinar su consentimiento al acto sexual (...) el comité concluye que los hechos ante sí ponen de manifiesto la existencia de discriminación (...) el comité considera que las constantes indagaciones por la asistencia social, por el personal médico y por el tribunal sobre la vida sexual y la moral constituyeron una inferencia arbitraria en su vida privada y un ataque ilegal a su honra y su reputación, especialmente por ser irrelevantes para la investigación de una caso de violación y por tratarse de una menor de edad”*.

En un esfuerzo por lograr que el artículo en cuestión dé cumplimiento con la normativa y jurisprudencia sindicada, cierta doctrina ha intentado -tal vez sin mucho éxito- encontrar un concepto más amplio y conglobante del término inmadurez sexual, que vaya más allá de la falta de experiencia en el campo de las relaciones sexuales. Según Reinaldi (2005:155-157) es un dato de la realidad que el paso de la inmadurez a la madurez sexual se produce gradualmente, por lo que el legislador pudo suponer, por un lado, una incapacidad absoluta del menor que no alcanzó los 13 años para consentir válidamente y, por otro, autorizó a prestar válidamente su consentimiento a los menores que han superado los trece años pero no los dieciséis para ser objeto de abusos sexuales simples, pero no de otros de mayor gravedad, que podrían ser más perjudiciales. Agrega que el

concepto de inmadurez sexual no supone ignorancia en materia sexual. *“La doctrina anterior a la ley 25.087 negaba la calidad de honesta y, por ende, que pudiera ser víctima de estupro, a la mujer que carecía ‘de inocencia por su práctica sexual’, como la que carecía de ella ‘por la profanación de su conducta’; a la que no tenía ‘una conducta adecuada a esa virtud: salidas nocturnas, tratos pocos decorosos con varios hombres, abandono de la casa paterna, frecuentación o permanencia en la casa del amigo o en lugares de dudosa moralidad’. O no actuaba de un modo que se compadeciera con el ‘recato, pudor, castidad’ propio de una mujer ‘honesta’, de ‘un estado moral de conducta’. Ninguna de esas conductas, empero, permiten negar la ‘inmadurez sexual’ con el sentido y alcance que requiere el nuevo tipo legal porque esos actos irresponsables son, precisamente, demostrativos de la falta o insuficiencia de madurez.”* (Reinaldi,2005:155-157)

Es decir, cuando se hablaba de mujer honesta se hacía referencia a aquella que carecía de experiencia o contaminación sexual determinable por su conducta. Mientras que en el nuevo delito el sujeto pasivo debe ser inmaduro sexualmente lo que hace referencia a su madurez relativa y no a su experiencia o práctica, que puede ser basta y no por ella tener una sexualidad desplegada de forma adulta o madura como para consentir de forma plenamente válida.

En concordancia, la Sala IV Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires²⁰⁵ sostuvo: *“Al respecto, debo decir que el tipo penal incluido en el art. 120 del C.P. hace referencia -en forma negativa- a la madurez sexual del sujeto pasivo. Dicho extremo no se circunscribe, como pretenden los letrados de parte, a un conocimiento meramente físico o fisiológico del acto sexual, ni siquiera cuando éste es producto de la práctica sexual. Tan acotada comprensión resulta insuficiente a la luz del interés protegido por la figura, que involucra el más amplio ámbito de la sana e íntegra conformación de la personalidad en el área sexual, en virtud de la cual el adolescente es capaz de discernir el verdadero sentido y naturaleza de su conducta, a los fines de prestar un consentimiento libre y consciente sobre aquellas acciones que puedan afectar dicha esfera vital. En este sentido, es dable destacar que la tercera acepción de ‘madurez’, según el diccionario de la Real Academia Española, implica ‘buen juicio o prudencia, sensatez’. Ergo, no resultó azaroso que el legislador, al redactar la norma, haya optado por ‘madurez’ en vez de ‘experiencia’ sexual, toda vez que ésta última alude a un simple conocimiento o práctica que no alcanza a trascender estratos valorativos”*.

Asimismo, es menester señalar que la inmadurez sexual no solo debe ser probada sino resulta indefectiblemente necesario que el victimario se haya aprovechado de la misma. Así pues, en relación con el aprovechamiento, debe

²⁰⁵ Carátula: C.R. H. s/ Recurso de Casación (TC0004 LP 72423 131 S 01/03/2016 - Juez KOHAN (SD) - Observaciones: y su acumulada causa N° 72.430 - Magistrados Votantes: Kohan-Natiello - Tribunal Origen: TR0100JU - Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>)

tratarse la cuestión de la seducción porque cabe distinguir si la norma demanda seducción real o presunta. En la primera se requiere que el autor logre el sometimiento sexual engañando o persuadiendo a la víctima. En la segunda, en cambio, la ley presume iuris et de iure que la víctima por su inmadurez cede seducida por la propia naturaleza del acto sexual o por la actitud del autor, sin observar la existencia de alguna conducta engañosa o persuasiva por parte del agente. Donna (2000:109) considera que la norma exige la seducción real pues prevé que el autor realice las conductas típicas “aprovechándose de la inmadurez sexual” de la víctima. Es decir, que exige al juez investigar los medios de los que se valió el autor en la realización de la conducta típica (por ej. promesa de matrimonio, excitación del instinto, regalos, engaños, etc.) para concluir si efectivamente existió o no el aprovechamiento. Por el contrario, Arocena sostiene que la ley no requiere una concreta conducta seductora desplegada por el sujeto activo sino que “*exige menos que eso. En los términos de la fórmula vigente, sólo debe mediar aprovechamiento del autor de la situación de superioridad que tiene respecto de la víctima, el que, por cierto deberá ser debidamente acreditado por el Juez. Únicamente ese extremo deberá probarse y no una seducción real cuya existencia no impone de modo expreso el tipo penal, ni surge del sentido de la acción prohibida que describe la norma*”(2001:103).

Esta última cuestión resulta clave a los fines de alcanzar un concepto más amplio de inmadurez sexual. Tal como lo señala este último autor, la situación de superioridad o el poder que detente el sujeto activo sobre de la víctima cobra un rol protagónico como se verá a continuación.

2.3.- Relación de preeminencia del autor respecto de la víctima.-

La normativa en estudio requiere un vínculo en el que exista asimetría de poder entre el autor y la víctima del delito. Esta situación se da cuando el sujeto activo se encuentra en una posición de superioridad, prevalencia o prerrogativa frente al menor de edad, cualquiera sea la causa que pueda haberla originado (Reinaldi,2005:164-165). De tal manera, puede pensarse una relación parental u otro vínculo familiar, un tutor o curador, encargado de la educación o superior en vínculo laboral.

Así, “*es de destacar que la mayoría de edad del sujeto activo, su relación de preeminencia sobre la víctima o cualquiera otra circunstancia equivalente no son más que puntos de referencia que deberán ser apreciados prudencialmente por el juez en el caso concreto*”(Boumpadre,2012:205).

Es importante recalcar que en tales circunstancias no debe abusarse coactiva o intimidatoriamente, pues ello implicaría el desplazamiento hacia la

figura del art.119. *“A fin que se configure dicho delito, es condición sine qua non la relación de preeminencia ejercida por el victimario sobre el infante (...) no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y la inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, lo que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento o aprovechamiento consciente por el agente de la situación de superioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo”* (Bentivegna,2015:268).

Estas aclaraciones permiten ver que incluso en aquellas situaciones en las que la víctima menor de edad cuente con experiencia sexual -y no por ello deba ser considerada madura sexualmente- pueden encontrarse otros indicios o elementos que permitan concluir que la presión a la que estaba sometida no permitieron que su consentimiento sea plenamente válido. Y así también lo consideró en el año 2016 la Sala III del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires²⁰⁶ condenando a *“un hombre que supera tres veces su edad, sostiene económicamente al grupo familiar, de buenas a primeras comparte habitación, paseos y viajes, hasta que la niña finalmente se le arroja a sus brazos, y sabiendo que no es correcto, no obstante acepta las consecuencias y actúa, manteniendo relaciones sexuales en ausencia de su madre, a bordo de un camión y cuando ésta se escapa de la escuela”*.

En conclusión, la preeminencia y el poder con el que cuenta el autor debe ser analizado en detalle. Para una aplicación de la norma con perspectiva de género debemos corrernos de la actitud o historia de la víctima y hacer foco en el accionar del sujeto activo para determinar su grado de culpabilidad.

3.-Algunas reflexiones finales

De lo hasta aquí expuesto podría concluirse que las modificaciones realizadas al artículo 120 del Código Penal mediante ley n° 25.087 no fueron tan drásticas como a simple vista pareciera leerse.

De todas formas, sí se produjeron ciertos cambios destacables como considerar a hombres jóvenes o niños como posibles víctimas del delito y, por otro lado, la ampliación de las conductas punibles. Asimismo, es importante reconocer como un progreso que se haya comenzado a tutelar la libertad sexual de los individuos y no sede un detenimiento en cuestiones morales.

²⁰⁶Carátula: S. ,G. H. s/ Recurso de Casación (TC0003 LP 69599 74 S 12/02/2016 - Juez BORINSKY (SD) - Magistrados Votantes: Borinsky-Violini - Tribunal Origen: TR0100JU – Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>

Como se vio, la doctrina clásica-o aquella que entiende a la inmadurez sexual como sinónimo de inexperiencia- critica el uso de la nueva fórmula alegando que *“es una expresión impropia utilizada por la ley, teniendo en cuenta que el término inmadurez, en su acepción jurídico-penal, alude a la falta de desarrollo de las facultades intelectuales como para comprender la naturaleza de los actos realizados por el autor, y que el límite entre la madurez y la inmadurez sexual fue fijado por la propia ley a los 13 años”* (Donna;2000:108). Pero en realidad, si se realiza una interpretación a la luz de la normativa y el estado de situación actual en materia de género, el término inmadurez sexual debe criticarse porque al ser utilizado como sinónimo de inexperiencia genera la necesidad de efectuar un minucioso análisis del pasado sexual de la víctima. Tanto su intimidad como su accionar quedan bajo la lupa de la justicia a fin de dilucidar si merece o no ser reconocida como víctima.

Si bien en la antigua figura del estupro la integridad sexual de la joven mujer o niña era lo que menos importaba, ya que se protegía la decencia de su familia, la nueva figura no se aleja demasiado de esta postura. El requisito inmadurez sexual que recae sobre la víctima sigue acarreado al proceso cuestiones vinculadas a su vida privada y su comportamiento previo a la agresión investigada, tal como se hacía con el requisito de honestidad.

En conclusión, la reforma efectuada al artículo 120 del Código Penal en el año 1999 no resultó tan revolucionaria como aparentaba. Aún replica estereotipos de género que violentan y revictimizan a las niñas y adolescentes denunciadas y resulta insuficiente ante la normativa nacional e internacional en materia de género, ya que no se efectuó una modificación que permita dejar de poner el foco en el comportamiento o perfil de la mujer menor de edad víctima para tener por acreditado el delito. Así, quien antes debía ser honesta ahora debe caracterizarse por ser inmadura sexualmente o, como entiende la doctrina más amplia, inexperta. Se está ante idéntica situación: a la víctima se le exigía y aún se le exige pureza, castidad o virginidad, todos conceptos fácilmente vinculables a la honra.

Tal vez, previo a pensar una reforma normativa que elimine verdaderamente cualquier vestigio que haga referencia a la intimidad de la denunciante y su actitud, podría efectuarse por parte de los operadores judiciales una interpretación del término inmadurez sexual más compleja y actual -que vaya más allá de la experiencia sexual y los comportamientos anteriores de la víctima-. A su vez, reforzar el análisis del contexto en el que se dio el abuso estudiando otras pautas o elementos que el propio artículo 120 establece -como la preeminencia del autor o la diferencia de edad-, y que deben estar

presentes para tener por configurado el delito. Y, sobre todo, se debería investigar y juzgar teniendo en consideración que son las mujeres quienes padecen en mayor medida la violencia sexual, por lo que desde el sistema judicial se les debe facilitar el camino hacia la obtención de justicia.

Bibliografía

Arocena, Gustavo (2001), *Delitos contra la integridad sexual*, Ed. Advocatus, Córdoba.

Bentivegna, Silvina A. (2015), *Violencia familiar, violencia contra la mujer, maltrato y abuso sexual en la infancia*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

Buompadre, Jorge E., (2012), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Astrea, Buenos Aires.

Cook, Rebecca - Cusak, Simone,(2010), *Estereotipos de género, perspectivas legales y trasnacionales*, Profamilia, Bogotá

Creus, Carlos y Buompadre, Jorge E. (2007), *Derecho Penal. Parte especial*, 7° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires.

De Luca, Javier y Lopez Casariego, Julio (2009), *Delitos contra la integridad sexual* Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

Donna, Edgardo A. (2000), *Delitos contra la integridad sexual*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Edwards, Carlos (1999), *Delitos contra la integridad sexual*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

Nuñez, Ricardo C. (1961), *Derecho Penal Argentino*, Ed. Omeba, Buenos Aires.

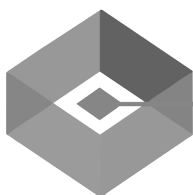
Piqué, Maria Luisa (2017), *Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional en Género y Justicia Penal*, compilado por Di Corleto, Julieta, Ed. Didot, Buenos Aires.

Reinaldi, Víctor (2005), *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*, 2° Edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba.

Silva, Cynthia y Llaja, Jeannette (2017), *La tipificación de los delitos contra la integridad sexual en Sudamérica* en “Género y Justicia Penal, compilado por Di Corleto, Julieta, 1º ed., Ed. Didot, Buenos Aires.

Tenca, Adrián (2001), *Delitos sexuales*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

Criminología desde un margen. Aproximación a la convict criminology en una cárcel bonaerense



Gonzalo Nogueira

(UNSAM, UNLu)

Resumen

Dado el carácter “polivalente” de la criminología (Marí, 1985), proponemos aquí dar cuenta de una singular experiencia de producción de conocimiento en una cárcel bonaerense del Partido de Gral. San Martín, donde se viene desarrollando un programa de educación universitaria desde el año 2008. Desde su origen y actual desarrollo, describiremos dicha experiencia para relacionarla con el movimiento de la llamada *Convict Criminology (CC)*, surgida en los años noventa en Estados Unidos de Norteamérica, con desarrollos posteriores en Europa, Australia, Canadá y Latinoamérica. Desde la CC se analizan diferentes aspectos del campo jurídico penal, abordando en particular la cuestión carcelaria desde la perspectiva interna de personas detenidas y de quienes vivenciaron el encierro carcelario. Si bien la ponencia también destaca algunos antecedentes nacionales que pueden contribuir en la configuración de una CC local, se hará foco en la experiencia del Centro Universitario CUSAM, de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), que funciona en la Unidad 48 del Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB).

1.- Introducción

Esta ponencia presenta algunos aspectos centrales sobre la producción y articulación de saberes desplegados en el encierro carcelario, a partir de una

experiencia universitaria en un penal bonaerense, que tiene como protagonistas a los mismos actores confinados²⁰⁷. Partimos, entonces, de tres ideas centrales que se desarrollarán a lo largo de la ponencia:

En primer lugar, comenzamos por una crítica epistemológica respecto del enunciado disciplinar de “la criminología”, que produce un efecto totalizante que no permite distinguir la diversidad de discursos, perspectivas y discusiones que la historia del campo criminológico comprende (Anitua, 2005; Sozzo, 2006, Aniyar de Castro y Codino, 2013). De allí que describimos ese campo como un “espacio polivalente” de saberes (Marí, 1985) y, agregamos, de intereses ambivalentes y, en algunas situaciones, hasta contrapuestos en torno a la llamada “cuestión criminal”²⁰⁸, con sus diferentes y consecuentes abordajes políticos impactan en la realidad socialmente construida. En este punto particular, recurrimos al “enfoque de la gubernamentalidad” propuesto por Foucault (2006:109 y ss.), dado que nos interesa abordar la trama argumentativa y práctica (política) que articula las nociones de “racionalidades, programas y tecnologías gubernamentales sobre la cuestión criminal” (Sozzo, 2006:356). En este sentido podemos ampliar el análisis crítico sobre el ejercicio del poder punitivo estatal.

En segundo lugar, nuestro punto de partida está orientado valorativamente hacia la protección y promoción de los derechos humanos; y para “impulsar su estándar de realización” y cumplir su misión cautelar (Zaffaroni, 2010:IX-X), creemos en la problematización de lo que hasta aquí intenta definirse como “criminología”. Es decir, el abordaje crítico del campo jurídico penal se proyecta desde un “pensamiento iushumanístico”, que persigue el respeto de la dignidad humana (Aniyar de Castro y Codino, 2013:26) y “*trata de etizar republicana y iushumanistamente el comportamiento de las propias agencias del sistema penal*” (Zaffaroni et al., 2000:30). Así, frente a la expansiva propaganda punitivista (Zaffaroni, 2010:VII), que termina condicionando cualquier intento de esbozo e implementación de política criminal, creemos necesario insistir con que el ejercicio del poder punitivo sólo es legítimo si las prácticas y políticas de las diferentes agencias estatales intervinientes, se ajustan a los preceptos constitucionales valorativamente orientados a la defensa de los derechos humanos, y que instituyen al propio Estado democrático de derecho.

²⁰⁷ Mi aproximación a esta experiencia se debe al rol docente que allí desempeño desde el año 2008, en el dictado de un taller sobre criminología y derechos humanos, y porque también realicé, en la misma unidad carcelaria, el trabajo de investigación para mi tesis doctoral (Nogueira, 2017).

²⁰⁸ La extensión de la ponencia no nos permite ahondar en este concepto, pero pueden encontrarse definiciones interesantes sobre la “cuestión criminal” en Pitch, 2003 y Tonkonoff, 2019, entre otros.

Por lo que el gobierno de las cuestiones sociales que complejizan y problematizan, de modo inevitable, la vida social, como aquí tratamos a la cuestión penal, debe ordenarse políticamente de acuerdo a su marco regulatorio que establece los límites para el ejercicio del poder punitivo. Y ello, no se funda sólo en una perspectiva positivista, sino que se justifica en clave política, en sentido proactivo y cautelar, a fin de garantizar y restituir derechos fundamentales, comenzando por los sectores sociales más débiles y desprotegidos, como también para prevenir nuevas violaciones a los Derechos Humanos. Construir ciudadanía significa aquí el avance progresivo y real en la ampliación de derechos.

Por último, en tercer lugar, dejamos abierta la invitación para seguir profundizando el estudio del movimiento de la llamada *Convict Criminology (CC)*. Movimiento, en tanto surge como iniciativa de organización colectiva y articulación entre actores prisionizados, liberados y académicos que analizan la cuestión carcelaria, como también otras vinculadas a la administración de la justicia penal y del poder punitivo, pero partiendo siempre de la perspectiva interna de los actores involucrados en la trama punitiva (Richards y Ross, 2001; Jones et al., 2009; Richards et al., 2012; Ross et al., 2014; Ross y Darke, 2018; Constantini, 2021, en prensa). Al mismo tiempo, presentamos a la CC como una perspectiva criminológica en diálogo con el devenir histórico de los discursos y pensamientos penales, como producto social y, por lo tanto político, que se relaciona directamente con lo mencionado en el punto anterior. Se propone, la CC, como pensamiento iushumanista que procura proteger la dignidad humana, que se contrapone al juego maniqueo entre un *deber ser que no termina siendo* y un ser que nos proyecta hacia un futuro cada vez menos hospitalario de lo humano.

2.- Una nueva imaginación criminológica en el campo carcelario. Crítica epistemológica frente al efecto totalizante de la criminología

El saber criminológico se nos presenta como un espacio polivalente en permanente disputa, que da cuenta de la historia del pensamiento penal, con sus discursos legitimantes del poder punitivo, esté o no su ejercicio legitimado, como también las críticas, que se identifican con las luchas por la defensa de la dignidad humana. Pero la *desproblematización* de la cuestión social, para restarle a su origen social la incumbencia política, con su consecuente naturalización y posterior *tecnificación*, habilita a una *criminología* con un fuerte *alcance totalizante*, tal como Garland complejiza el concepto de cultura en la sociología del castigo (2016:11 y 17). Hablamos entonces de criminologías, ya que su

plural refleja “las diversidades que el pensamiento criminológico ha asumido” (Aniyar de Castro y Codino, 2013:27).

La ponencia propone analizar la producción de un saber singular, que parte de la perspectiva interna de las personas privadas de su libertad, sobre diferentes cuestiones vinculadas a la cuestión carcelaria, pero también sobre el mundo de la penalidad en general. Lo cual, provoca un corrimiento de los márgenes epistemológicos instituidos, produciendo, como efecto inmediato, una mayor profundidad analítica, como también una crítica más cercana a la realidad cotidiana de la vida en confinamiento. De este modo, mediante el abordaje del mundo carcelario como un “campo”, es decir, como espacio social donde se manifiestan conflictos y disputas de intereses (Bourdieu y Wacquant, 2012), el investigador logra vislumbrar con mayor claridad las condiciones estructurales que son, a su vez, estructurantes del mismo campo (Giddens, 1995). A este giro epistemológico sobre el modo de estudiar y asumir la prisión, se le suma otro giro, el giro hermenéutico que parte del saber experiencial de los sujetos involucrados en el confinamiento.

Así, logramos vislumbrar los modos en que se configura un tipo singular de orden social, a partir de acuerdos operativos entre los diversos actores, como también aquellas ambivalencias que los sujetos expresan en sus prácticas y que evidencian, por ejemplo, una relación conflictiva entre el mandato securitario, que implica la vigilancia y el control penitenciario, con el fin “resocializador” de la pena, que aún sirve de discurso legitimante de la prisión, en términos discursivos y legales. De este modo, venimos estudiando cómo la función securitaria restringe fuertemente los márgenes de acción de los reclusos, mientras que el concepto (legal) de “asistencia y tratamiento” penitenciario (ley 12.256) tiende a habilitar que los actores desplieguen estrategias de sociabilidad y comunicabilidad, mostrando así, quizás de modo no deseado, la porosidad de los límites carcelarios. La institución carcelaria no termina de evidenciar acciones claras que logren materializar el concepto de “tratamiento”. Ante ello, los agentes penitenciarios reducen sus tareas a la mera función securitaria, entendida estrictamente en términos coercitivos²⁰⁹, y se le adjudica la función de “tratamiento” a las acciones que realizan en la prisión aquellos actores externos a la institución (Nogueira, 2017; Nogueira et al., 2020).

²⁰⁹ En contraposición a una idea más “integral” en materia de seguridad, que la amplía en un sentido protectorio, sumando el acceso a derechos fundamentales como forma de realización en derechos humanos (ej. Castel, 2004). Para profundizar el estudio del concepto en el campo penal se recomienda Costantino (2013) y Saín (2002).

Por otro lado, el fin “resocializador” de la pena, proveniente del positivismo criminológico decimonónico, pero que aún sirve de argumento técnico-jurídico en las teorías positivas de la pena, logra permearse hasta en los discursos progresistas ante la falta de una “imaginación criminológica” para idear políticas públicas proactivas y cautelares, y no meramente de corte securitario, en su sentido más restringido (y pobre en lo conceptual). Se pone de manifiesto, entonces, en las prácticas habituales de los actores penitenciarios, una marcada ambivalencia entre el control coercitivo carcelario y las finalidades legitimantes de la cárcel (Mosconi, 1992; Mosconi y Pavarini, 1995). Esta ambivalencia termina resolviéndose, mayormente, con la imposición de la función securitaria por sobre el ideario del “tratamiento”.

Pero en la vida cotidiana, también se pone de manifiesto la necesidad de alcanzar cierta estabilidad que haga previsible la vida en el confinamiento. Como describe Mouzo (2010:168):

Al contrario de lo que comúnmente puede pensarse, la vida carcelaria, al menos para los penitenciarios, no es una vida de sobresaltos y aventuras, sino de una implacable rutina que se busca, se desea y se demanda. De hecho, es lo que se resalta cuando, por algún motivo, esa rutina es dislocada. Estos hombres y mujeres que obedecen el reglamento y son funcionarios de una burocracia compleja y enmarañada no quieren complicaciones.

Cuando un investigador tiene acceso al mundo de la vida en confinamiento, puede dar cuenta de los modos de comprensión que los actores producen en el campo, habilitándose así un nuevo modo de ver “la cosa en sí”, allí con quienes experimentan el “problema de investigación”. De este modo, las nociones de comprensión y experiencia se entrelazan, expresando un acervo de conocimiento que también produce realidad (Gadamer, 2005). Cuando indagamos sobre los modos de configuración del orden social carcelario, nos enfrentamos a dos preguntas que movilizaron una mirada crítica sobre cómo estudiar la cárcel (Nogueira, 2017 y 2020). La primera, planteada por Pérez Guadalupe (2000:31), cuando sugiere si “¿no se estará buscando en la cárcel solo aquello que previamente, bajo esquemas y enfoques teóricos preestablecidos, el investigador se ha puesto como meta encontrar?”. La segunda pregunta pertenece a Matthews (2003:82):

¿Por qué en un ambiente extraño y hostil, en el que el número de prisioneros supera al de los guardianes, los primeros no derrocan a sus captores? Particularmente en

aquellas situaciones en que los guardianes están desarmados, o cuando los reclusos viven en condiciones de hacinamiento, o están sujetos a privaciones extremas, sería razonable esperar que hicieran tenaces esfuerzos por liberarse.

Estas preguntas se vuelven operativas en el campo, cuando el investigador se abre a la perspectiva interna de quienes viven el encarcelamiento, detenidos y penitenciarios, habilitándose así un descentramiento de la prisión en el análisis de lo que sucede muros adentro. En esta línea, el primer cuestionamiento que se presenta es la aplicación estricta del concepto de “institución total” propuesto por Goffman en 1961 (aquí, 2001), cuya ontologización arriesga una clausura del análisis sociológico sobre el mundo de la vida en confinamiento²¹⁰. Pero en 1982, propone ampliar los márgenes de análisis sobre la producción social de los actores, de modo situacional, a partir de la noción de “orden interaccional” (Goffman, 1991).

Desde la perspectiva interna de los actores, también se abre la posibilidad de una lectura crítica respecto de una conceptualización verticalizante del poder, reducido a una mera situación de mando y dominación de unos sobre otros (y de arriba hacia abajo); y puede ser problematizado, desde la potencia de los actores que se manifiesta en la sociabilidad y, más precisamente, a partir de las asimetrías de poder manifiestas en las relaciones sociales producidas en el campo, tal como lo sugiere Foucault en 1982 (aquí, 1991).

3.- El acceso a la educación, como derecho fundamental que habilita la coproducción social de conocimiento

En el año 2008 la UNSAM firmó un convenio con SPB con el objeto de crear un espacio universitario en el interior de la Unidad 48 del Complejo Penitenciario San Martín²¹¹. Así se abrió el centro universitario CUSAM, donde estudian juntas personas privadas de su libertad, hombres y mujeres, con agentes penitenciarios. Allí se dictan las carreras de Sociología, Trabajo Social y una Diplomatura en gestión cultural y comunitaria; como también pueden participar de talleres de extensión universitaria como el de formación en panadería y pastelería, poesía, teatro, informática, fotografía, cerámica, escritura de Braille, música, etc. En la actualidad, el CUSAM ya cuenta con once sociólogos recibidos, tres de ellos son agentes del SPB. Los modos de

²¹⁰ Aunque debe destacarse que el propio Goffman advertía, en su texto clásico, que su concepto no debía ser aplicado de modo taxativo (2001:19)

²¹¹ Que está conformado por tres (3) unidades carcelarias: U-46, U-47 y U-48; y una Alcaldía.

sociabilidad e interacción que los actores construyen en el CUSAM, generan una configuración específica de orden social dentro de la cárcel. Allí se procura mayor horizontalidad en la convivencia y en el respeto al otro como “estudiante universitario”. No se registran hechos de violencia ni tampoco se ejerce allí el control penitenciario habitual. Quienes allí estudian, destacan que en el CUSAM puede respirarse “un poco de libertad”. Así, el CUSAM se ha convertido en una pequeña “isla” dentro de la cárcel (Nogueira, 2017:45-51).

El primer sociólogo allí recibido (Maduri, 2015:72), describe en su tesis:

En la entrada donde funciona el centro universitario de la universidad de San Martín dentro de la unidad penal 48 del complejo conurbano norte hay un cartel que tiene esta leyenda “sin berretines amigo”. Este cartel sirva para que guardas y presos se despojen de sus habitus, dejen su rol (preso o guardia) una vez ingresado al predio educativo y puedan dentro del CUSAM sentirse como iguales desnaturalizando el conflicto diario y real que hay entre guardias y presos, la polaridad social que se licua cuando estos comparten el espacio educativo.

Otro sociólogo egresado del CUSAM, que estudió sobre “los sentidos” que los estudiantes del centro universitario en la cárcel le otorgan a la educación, “en un espacio donde priman lógicas carcelarias” (Tejerina, 2016:1), analiza también el “entrecruzamiento institucional universidad-cárcel” (Ibíd.:32) y describe que “el CUSAM es un espacio que habilita el encuentro de estudiantes universitarios que proceden de diferentes sectores de la cárcel (población, evangelistas, trabajadores, estudiantes, etc.) donde las lógicas penitenciarias y educativas encuentran un punto de intersección” (Ibíd.:34). Así, nos explica:

La cárcel tiene sus propias lógicas que van configurando las prácticas del encierro, donde las nociones temporales se trastocan en el contexto carcelario generando subjetividades que responden a dichas lógicas. Sin embargo, hay un espacio que responde a lógicas educativas que emergen en una arista de la unidad penal y aquí hay todo un recorrido que vincula estos espacios, un lugar de encuentro y conexión entre la universidad y la cárcel (Ibíd.).

En la reconstrucción histórica del CUSAM, Tejerina describe:

En esos primeros años, los estudiantes pintaron en el camino de entrada al CUSAM un cartel que decía: “sin berreti-

nes amigo”. Al berretín, esa acción fundamental en la lógica de convivencia carcelaria, se le ponía un límite, una frontera. Allí comienza una relación de autogestión entre los estudiantes y la universidad con sus propios horarios, lógicas y pautas. Un juego de equilibrio entre diversos actores y lógicas. De esta manera, y a diferencia de otras experiencias universitarias en penitenciarías de América latina, que no incluyen al personal penitenciario dentro sus aulas, la UNSAM y el SPB acordaron algo diferente para garantizar la educación en la prisión (Ibíd.:37).

Otro sociólogo del CUSAM, uno de los tres agentes penitenciarios recibidos, refiere:

Las características que presenta este universo social son infinitas e inéditas debido a los grupos antagónicos que conforman el espacio. En este marco conviven dos lógicas distintas, las punitivas del servicio penitenciario y la lógica carcelaria “tumbera”, las cuales en última instancia se encuentran condicionadas por las normas universitarias. En este sentido, se ponen en juego diversas estrategias que brinda la experiencia CUSAM como capital simbólico (Altamirano, 2017:8).

La ponencia no se propone analizar las particularidades de la experiencia del CUSAM. Para ello nos remitimos a los trabajos de Tejerina (2016), Altamirano (2017) y Lombrana y Di Próspero (2019). Pero sí queremos destacar, que las personas detenidas y los penitenciarios acuerdan en sostener y proteger ese modo divergente de vida en una cárcel, en tanto no se manifiestan allí aquellas “lógicas carcelarias” identificadas con modos de jerarquización social legitimada con modos violentos, bajo un ejercicio fuertemente coercitivo y arbitrario del poder penitenciario (Nogueira, 2017, 2020; Nogueira et al., 2020). Así, podemos aportar dos situaciones registradas durante el trabajo de campo y que dan cuenta sobre este singular tipo de ordenamiento social: la primera, se sitúa en el acceso de la prisión, donde me encuentro con uno de los agentes penitenciarios que estudiaba sociología en el CUSAM. Al saludarnos lo felicito por ir a clases en su “día de franco”, lo que deduje al verlo vestido sin su uniforme y que traía colgada de su hombro una mochila. El agente-estudiante me respondió: “no profesor, estoy en mi horario de trabajo, me cambio el uniforme porque al CUSAM entro como estudiante y no como guardia”. La segunda situación me la relató un detenido, en una conversación casual, en la que sorprendido me contó: “el otro día me pegué un susto

bárbaro, me levanto temprano para ir al baño y lo veo a Diego (compañero detenido) junto con un vigilante uniformado (me enfatiza, *uniformado*), hablando en silencio, sentados y con papeles sobre la mesa. Me acerco y cuando les pregunto qué hacían, me dicen que estaban estudiando para un examen”.

Todas las actividades desarrolladas en el CUSAM lograron, desde sus prácticas específicas, dinamizar de modo colectivo la reflexión sobre la experiencia del encierro partiendo del propio saber experiencial de los sujetos que viven el confinamiento. Esas reflexiones no sólo se volcaron en tesis de grado, sino también en poesías, canciones, pinturas, cuentos, fotografías, grabaciones radiales (luego reproducidas en una radio del barrio lindante a la cárcel), etc. Una de esas experiencias, de la cual el disertante es el docente responsable, viene promoviendo la reflexión criminológica sobre la cuestión carcelaria, articulando saberes históricos, teóricos y empíricos, articulando el saber académico con otras narrativas y géneros (por ejemplo, el género narrativo autobiográfico, el cine, la poesía, etc.), pero que propone establecer diálogos entre aquellas referencias a la cárcel con los propios saberes vitales de los participantes del espacio educativo. Se trata del taller de “criminología y derechos humanos” que comenzó a dictarse en el año 2008, como una de las primeras actividades del CUSAM.

Destacamos también, como antecedente del proceso que aquí describimos, la publicación de un artículo escrito entre varios estudiantes y el docente a cargo del seminario, que da cuenta de una búsqueda de construcción colectiva y propia del saber carcelario, desde su perspectiva interna, constituyéndose en una investigación que reúne análisis y datos sociológicos construidos en el campo por los primeros estudiantes del CUSAM, que, si bien advierten, sin mayores aclaraciones, que no persiguen una “discusión criminológica”, sí resulta de “una investigación colectiva realizada en contexto de encierro por un grupo de investigación” que:

pretende dar cuenta de la circulación de mercancías y de monedas en el ámbito carcelario, donde supuestamente el comercio y el dinero están prohibidos. A través de un trabajo etnográfico colectivo, se presentan las lógicas sociales de jerarquización de personas y de cosas que el dinero viene a objetivar. El análisis de las formas monetarias revela la dinámica social en el ámbito carcelario y las posiciones relativas que ocupan los “chorros” y lo “transas”, lo que permite ahondar en las hipótesis teóricas sobre la naturaleza de la moneda (Roig et al., 2014:126).

Asimismo, también participan en el CUSAM especialistas en derecho penal, profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), dictando un taller de “sociología jurídica” en el que los estudiantes detenidos vienen realizando diferentes estudios críticos respecto de la realidad carcelaria como de la legislación penitenciaria. Como resultado de ese trabajo, un grupo de participantes del seminario presentaron sus ponencias en un Congreso de Ejecución Penal organizado en la UBA, en el año 2019, compartiendo el espacio con académicos especialistas en el tema y con funcionarios judiciales. Algunas de esas ponencias fueron luego publicadas en una reconocida revista de derecho penal y criminología²¹². Y, finalmente, se publicó el primer libro con comentarios a la ley nacional de ejecución penal (24.660) por personas detenidas, elaborado en ese mismo espacio de estudio y reflexión²¹³.

Estas acciones, desplegadas en el CUSAM, resultan coherentes con uno de los principales fundamentos del “Proyecto” que creó el espacio, a partir de la demanda de las personas detenidas. Ese proyecto proponía crear un Programa universitario en la Cárcel, y que tuviera como principal objetivo el de “garantizar la plena vigencia del derecho al acceso irrestricto a la educación superior, al desarrollo y estímulo de la creación artística y a la participación en todo tipo de manifestación cultural”²¹⁴.

4.- El campo de la Convict Criminology: las 11 tesis del CUSAM

Como decíamos más arriba, la perspectiva interna de las personas en confinamiento cobra vida, a partir de las distintas actividades que se realizan en el CUSAM, en libros de poesía y cuentos, en canciones grabadas, programas radiales, fotografías, obras de teatro, murales, textos traducidos al Braille (que luego son donados a bibliotecas para personas no videntes), en presentaciones en eventos académicos y culturales vía teleconferencia, etc. Pero, en rigor, donde encontramos la articulación más precisa de dicha perspectiva

²¹² “Ejemplar temático: derecho de ejecución penal”, en *Revista de derecho penal y criminología, La Ley*, Año IX, n° 11. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, diciembre 2019. Allí publicaron: M. Ocampo, Marcos; Carrena, Jorge y Tejerina, Diego.

²¹³ *Ejecución de la pena comentada por personas privadas de la libertad (Análisis de la Ley 24.660 y sus modificaciones)*. Lamas, Federico y Pedocchi Weisser, Martina (Dir.). Buenos Aires, Editores del Sur, 2021.

²¹⁴ “La UNSAM en la cárcel” (del archivo del autor), documento redactado junto con las personas detenidas que formaron parte del grupo “pionero” del CUSAM; luego presentado en el Consejo Superior de la UNSAM, en 2008.

interna con el campo criminológico, será en las tesis que los estudiantes del CUSAM produjeron en el marco de la licenciatura de Sociología. Primero las enunciaremos para luego hacer algunas breves referencias:

1. “Sin berretines: Sociabilidad y movilidad intramuros. Una mirada etnográfica al interior de la prisión”, de Martín Maduri (2015).
2. “El mundo evangélico en la cárcel. Un estudio etnográfico sobre un pabellón evangélico de la Unidad Penitenciaria N°48 de San Martín”, de Damián Rosas (2015).
3. “Experiencia, trabajo y vida al margen de la institución social: el caso de los cirujas del basural de José León Suárez en la Argentina postcrisis 2001”, de Waldemar Cubilla (2015).
4. “La política acá la hacemos nosotros. Relaciones de gobernabilidad y jerarquización en una cárcel bonaerense”, de Luis Ángel (2015).
5. “¿Hermanitos o refugiados? Procesos de conversión religiosa dentro y fuera del contexto carcelario”, de Pablo Tolosa (2016).
6. “Estudiar en la cárcel. Lógicas y sentidos de la vida universitaria en el CUSAM”, de Diego Tejerina (2016).
7. “Experiencia CUSAM: usos y sentidos de la educación universitaria en contexto de encierro. Un estudio de caso”, de Rodrigo Altamirano (2017).
8. “Reincidencia en el delito como problemática social y abordaje penitenciario. Análisis de casos en el Complejo Penitenciario San Martín”, de Eduardo Villar (2017).
9. “Más bienaventurado es dar que recibir (Hechos 20:35). Análisis de las prácticas del diezmo y la ofrenda en el mundo evangélico bautista: el caso de la Iglesia “Pueblo Nuevo” de Berisso, Buenos Aires (2015-2017)”, de Nahuel Córdoba (2019).

10. “Economía y circulación de objetos en la cárcel. Un estudio etnográfico sobre un pabellón cristiano de la Unidad penitenciaria Nro. 48”. De Antonio Villalba (2019).

11. “Externados. Ensayo exploratorio sobre la situación social de las personas liberadas del Servicio Penitenciario Bonaerense. Del otro lado del muro y el rol territorial del Patronato de Liberados”, de Gustavo Segovia (2020).

Estos trabajos plasman, con singular profundidad, diversos análisis sociológicos con el aporte de datos rigurosos construidos en el campo de investigación, proponiendo diálogos con textos clásicos o de referencia en las temáticas puntuales abordadas. Así es como se produce en el campo del CUSAM la perspectiva interna que nutre la llamada *convict criminology*. Ya mencionamos, más arriba, algunas observaciones y reflexiones de dos tesis que tratan sobre la experiencia educativa en la cárcel (Tejerina, 2016 y Altamirano, 2017). Ahora mencionaremos algunas observaciones sobre la primera tesis producida en el CUSAM, que tuvo como objeto:

presentar los primeros resultados de una investigación que, apelando a la metodología cualitativa y a la observación etnográfica, tiene como objeto describir e interpretar el entramado de relaciones que, en el contexto carcelario, se producen entre los valores simbólicos propios de ese ámbito, que aquí llamamos “berretines” (confianza desmedida hacia sí mismo. Cierta orgullo de pertenecer a algún grupo determinado futbolista, artista, policía, ladrón etc. Forma cultural de ver la vida. Del lunfardo capricho, deseo vehemente idea fija. Filosofía de vida. Valores simbólicos propios del mundo delictivo), y su relación con el trabajo “tumbero” (Referente a la cárcel y a su cultura), entendido este como aquellas actividades en las cuales el preso es utilizado como mediador de los espacios en los que no interviene el Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB). Frente a la presencia de múltiples estudios respecto de las prisiones que, recurriendo a perspectivas estructurales y cuantitativas, se centran en mostrar la homogeneidad sin exhibir el entramado de relaciones de poder y sus mecanismos de producción y reproducción, lo que intenta esta tesina es poner el acento en las heterogeneidades y, en especial, en la relación entre la cultura carcelaria, el “trabajo” y

sus formas de obtención, organización y retribución (Maduri, 2015:4).

En las conclusiones de su trabajo, Maduri advierte los modos en que “*se utiliza el control de la violencia dentro de las instituciones penales, y como estas prácticas (trabajos tumberos) producen en los sujetos transformaciones en su identidad que empeora*” el estado integral de la persona detenida desde su ingreso al penal (2015:69). Y concluye:

La interacción que sucede no es más que una microfísica del poder, tal como lo planteo Foucault, en estas tramas de poder capilar es donde se define quién es bueno o malo, quién tiene derechos y quién no, quiénes pueden continuar con la carrera amoral, y quiénes no. El que un chico de 18 años ingrese a una institución y salga a los 5 años como una persona totalmente cambiada, tanto interior como exteriormente (las marcas de cortes y puñaladas, las cejas depiladas, el constante estado de persecución) no son más ni menos que marcas que la cárcel hace a los sujetos (Ibíd.).

Por último, el sociólogo recibido dentro de la cárcel, termina reflexionando luego de una densa descripción etnográfica y con una profunda autorreflexión sociológica (Ibíd.:70):

La lucha social que los actores realizan en la cárcel para apropiarse del capital simbólico es empíricamente demostrable. Así los sistemas de valores propios del nativo (berretines) son los que lo posicionan jerárquicamente en el espacio y les permiten tener beneficios informales que los diferencian de los demás nativos, lo que se introyectan y llevan a seguir reproduciendo esas lógicas.

Dado el límite de extensión asignado para esta ponencia, no podemos ahondar en un análisis más detallado del resto de las 11 tesis del CUSAM, que sí esperamos poder presentar en la publicación de esta presentación. Así, podremos seguir avanzando en la articulación y configuración de una *criminología en el confinamiento carcelario* local, que ya viene desarrollándose en el CUSAM hace más de una década.

5.- Reflexiones para seguir pensando

Decíamos al principio, que al giro epistemológico sobre cómo abordar la prisión, pasando de su abordaje sistémico al estudio de las sociabilidades

que produce el mundo de la vida en confinamiento, esta perspectiva criminológica da cuenta de un giro hermenéutico en cuanto amplía el campo de la comprensión a partir del análisis de la perspectiva interna de los sujetos. La irrupción, entonces, del sujeto en el campo de investigación, que complejiza el extrañamiento que deben asumir al momento de asumir el doble papel que juegan en el campo; son sujetos cognoscentes y sujetos de la investigación a la vez. Así lo refiere Ángel (2015:13), otro sociólogo egresado del CUSAM, cuando se encontró que:

la reflexividad inherente al trabajo de campo es el proceso de interacción, diferenciación y reciprocidad entre la reflexividad del sujeto cognoscente –sentido común, teoría, modelos explicativos– y la de los actores o sujetos/objetos de investigación. Partiendo de estas consideraciones es que tuve que realizar un ejercicio de reflexividad de mi propia experiencia. A los fines de convertirla en objeto de análisis sociológico.

La comprensión, finalmente, termina siendo un acontecimiento al que se llega por medio del trabajo colectivo, a partir de la mirada constituida con la mirada del otro. Sólo entonces se produce la transformación de los sentidos y las acciones en el mismo campo de investigación y de acción.

El camino está iniciado y hoy su tránsito está lleno de proyectos, de sueños y de un arduo trabajo cotidiano, asumido con mucha responsabilidad política y rigurosidad sociológica. Y el compromiso de la Universidad, y el de todos sus docentes e investigadores, consiste en acompañar este proceso, aportando las herramientas necesarias y garantizando los espacios de libertad necesarios para que puedan seguir desarrollando y profundizando los conocimientos que allí se comparten y se construyen, siempre, colectivamente. Para cumplir, de este modo, con aquello que proponía Foucault (2008b:14): *“hay momentos en la vida en los que la cuestión de saber si se puede pensar de modo diferente a como se piensa y percibir de otro modo a como se ve, es indispensable para continuar contemplando o reflexionando”* y, agregamos, será indispensable para transformar la realidad que nos involucra, que nos interpela y nos conmueve.

Bibliografía

Ángel, Luis A. (2015), *La política acá la hacemos nosotros. Relaciones de gobernabilidad y jerarquización en una cárcel bonaerense* (Tesis de Licenciatura). IDAES, CUSAM, UNSAM.

Altamirano, Rodrigo (2017), *Experiencia CUSAM: Usos y sentidos de la educación Universitaria en contexto de encierro. Un estudio de caso* (Tesis de licenciatura). IDAES, CUSAM, UNSAM.

Anitua, Gabriel I. (2005), *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores del Puerto.

Aniyar de Castro, Lola y Codino, Rodrigo (2013), *Manual de Criminología Sociopolítica*. Buenos Aires, Ediar.

Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loïc (2012). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Castel, Robert (2004), *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires, Manantial.

Constantini, Francesca (2020), “Introducción a la *convict criminology*: aportes desde una perspectiva interna, crítica y autoetnográfica”, en *Prólogos. Revista de historia, política y sociedad*, XII (en prensa).

Costantino, Gabriel (2013), *Gobernadores y políticas de seguridad en la provincia de Buenos Aires (1996-2011)* (Tesis doctoral). Escuela de Política y Gobierno, UNSAM.

Foucault, Michel (1991). *El sujeto y el poder*. Bogotá: Carpe Diem Ediciones

Foucault, Michel (2006), *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, Michel (2008a), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Foucault, Michel (2008b), *Historia de la sexualidad. 2. El uso de los placeres*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Gadamer, Hans-Georg (2005), *Verdad y método (I)*. Salamanca, Sígueme.

Garland, David (2016), "Los conceptos de cultura en la sociología del castigo", en *Delito y Sociedad*, 2(30), pp.7-32.

Giddens, Anthony (1995), *La constitución de la sociedad: Bases para la teoría de la estructuración*. Buenos Aires, Amorrortu.

Goffman, Erving (1991), "El orden interaccional", en Winkin, Yves (comp.), *Erving Goffman. Los momentos y sus hombres. Textos seleccionados y presentados por Yves Winkin*. España, Paidós.

Goffman, Erving (2001), *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires, Amorrortu.

Jones, R., Ross, J., Richards, S. y Daniel, M. (2009), "The first dime: a decade of Convict Criminology", en *The Prison Journal*, N° 89, pp.151-171.

Lombraña, Andrea y Di Próspero, Carolina (2019), "El Centro Universitario San Martín (CUSAM) como proyecto educativo y territorial", en *Prólogos. Revista de historia, política y sociedad*, UNLu-EPHyD, pp.95-113.

Maduri, Martín (2015). *Sin berretines: sociabilidad y movilidad intramuros: una mirada etnográfica al interior de la prisión* (Tesis de licenciatura). IDAES, CUSAM, UNSAM.

Marí, Enrique (1985). "Michel Foucault: el espacio polivalente de la criminología", en *Derecho Penal y Criminología*, VIII(25), pp.121-124.

Matthews, Roger (2003), *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona, Bellaterra.

Mouzo, Karina (2010), *Servicio Penitenciario Federal. Un estudio sobre los modos de objetivación y de subjetivación de los funcionarios penitenciarios en la Argentina actual* (Tesis doctoral). Facultad de Ciencias Sociales, UBA.

Nogueira, Gonzalo (2017), "El orden indecible. Configuraciones del confinamiento social en una cárcel del conurbano bonaerense" (Tesis doctoral). IDAES, UNSAM.

Nogueira, Gonzalo; Ojeda, Natalia y Lombraña, Andrea (2020). "Reflexiones en diálogo interdisciplinar entre la antropología y el derecho: discursos y prácticas sobre el gobierno penitenciario en territorio bonaerense", en *REA*, XXVII; pp.1-18.

Nogueira, Gonzalo (2020). "Configuraciones del orden social negociado en el campo carcelario bonaerense", en Ojeda, Natalia y Silva, Jeremías

(coord.), Dossier “Pensar las cárceles de la Provincia de Buenos Aires: aportes interdisciplinarios para una agenda de investigación”, *Prácticas de oficio. Investigaciones y reflexiones en ciencias sociales* (en prensa).

Pérez Guadalupe, José Luis (2000), *La construcción social de la realidad carcelaria*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pitch, Tamar (2003), *Responsabilidades limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*. Ad-Hoc.

Richards, Stephen C. y Ross, Jeffrey I. (2001), “Introducing the New School of Convict Criminology”, en *Social Justice*, N° 28(1), pp.177-190.

Richards, Stephen C.; Ross, Jeffrey I.; Newbold, Greg; Lenza, Michael; Jones, Richard S.; Murphy, Daniel S. y Grigsby, Robert S. (2012), “Convict Criminology, prisoner reentry and public policy recommendations”, *Journal of Prisoners on Prisons*, 21(1&2), pp.16-34.

Roig, Alexandre; Acerbi, Alfredo; Cabral, Jesús; Cubilla, Waldemar; Cruz, Mario; Iñiguez, Ángel; Lagos, Oscar; Maduri, Martín; Paret, Ernesto; Rosas, Pablo; Tolosa, Pablo; et al., (2014), “Monedas vivas y monedas muertas. Genealogía del dinero en la cárcel”, *Papeles de Trabajo*, 8(13), pp.126-143.

Ross, Jeffrey I.; Darke, Sacha; Aresti, Andreas; Newbold, Greg y Earle, Rod (2014), “Developing Convict Criminology beyond North America”, en *International Criminal Justice Review*, 24(2), pp.121-133.

Ross, Jeffrey I. y Darke, Sacha (2018), “Interpreting the development and growth of Convict Criminology in South America”, en *Journal of Prisoners on Prisons*, 27(2), pp.108-117.

Saín, Marcelo F. (2002), *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Sozzo, Máximo (2006), “«Traduttore traditore». Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América latina”, en *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Máximo S. (Coord). Buenos Aires, Ad-Hoc, pp.353-431.

Tejerina, Diego (2016), *Estudiar en la cárcel. Lógicas y sentidos de la vida universitaria en el CUSAM* (Tesis de licenciatura), IDAES, CUSAM, UNSAM.

Tonkonoff, Sergio (2019), *La oscuridad y los espejos. Ensayos sobre la cuestión criminal*. Buenos Aires, Pluriverso ediciones.

Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2000), *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, EDIAR.

Zaffaroni, Eugenio R. (2010), “Prólogo”, en Aniyar de Castro, Lola: *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto.

El impacto del Juicio por Jurados en la formación académica



Leonardo Pablo Palacios

(UAA)

Resumen

El juicio por jurados es un mandato histórico de la Constitución Argentina. En la Provincia de Buenos Aires ese mandato se empieza a cumplir con la sanción de la Ley N° 14.543 del año 2013 que implementa el juicio por jurados para aquellos casos en que se juzguen delitos graves. La implementación del juicio por jurados impactará positivamente en la formación de los abogados, a fin de acercar a los mismos a la ciudadanía y de permitir que la actividad del poder judicial, vista como una institución desvalorada, comience a modificar dicha circunstancia. En el presente trabajo presentamos las líneas directrices de un proyecto de investigación llevado adelante en la Facultad de Derecho de la UUA, en el cual se indagan sobre los requerimientos que exigirá la nueva modalidad en la futura formación de los abogados. El proyecto busca hacer foco en dos cuestiones fundamentales:

1) Los recursos estratégicos y comunicacionales que adoptan las partes en un juicio a fin que los jurados puedan salvar una supuesta falta de especialidad en la materia que deben juzgar, teniendo en cuenta que al jurado se le exige una decisión que pueda calificarse como competente, imparcial e independiente, y que entonces sí, pueda constituir un veredicto legal y legítimo (Bergman, 1989). Y por parte del juez, aquellos recursos debe poner en juego como director del proceso y garante del cumplimiento de las reglas necesarias para que el jurado pueda arribar a una decisión válida. Ese rol se proyecta durante todo el proceso, pero fundamentalmente en tres momentos: la au-

diciencia de selección de jurados, las instrucciones iniciales, y las instrucciones finales a los jurados.

2) La clase de capacitación que los operadores judiciales ya sea en instancias de grado o posgrado, pueden haber obtenido antes de llegar a un juicio a un jurado, y fundamentalmente las modificaciones que serían necesarias realizar en la formación de los futuros abogados y abogadas para maximizar esta gran herramienta de democratización y participación popular en la justicia que es el juicio por jurados.

En la ponencia se describe el tipo de investigación y los avances realizados a la fecha.

1.- Introducción

El juicio por jurados es un mandato histórico de la Constitución Argentina. En la Provincia de Buenos Aires ese mandato empezó a cumplir con la sanción de la Ley N° 14.543, del año 2013, que implementa el juicio por jurados para aquellos casos en los que se juzguen delitos graves. La implementación del juicio por jurados impactará positivamente en la formación de los abogados, a fin de acercar a los mismos a la ciudadanía y de permitir que la actividad del poder judicial, vista como una institución desvalorada, comience a modificar dicha circunstancia. En el presente trabajo presentamos las líneas directrices de un proyecto de investigación llevado adelante en la Facultad de Derecho de la UAA, en el cual se indaga el desarrollo del Juicio por Jurados en el Departamento Judicial de Mar del Plata y en ese marco los requerimientos que exigirá la nueva modalidad en la futura formación de los abogados. El proyecto busca hacer foco en dos cuestiones fundamentales:

1) Los recursos estratégicos y comunicacionales que adoptan las partes en un juicio a fin que los jurados puedan salvar una supuesta falta de especialidad en la materia que deben juzgar, teniendo en cuenta que al jurado se le exige una decisión que pueda calificarse como competente, imparcial e independiente, y que entonces sí, pueda constituir un veredicto legal y legítimo (Bergman, 1989). Y por parte del juez, aquellos recursos debe poner en juego como director del proceso y garante del cumplimiento de las reglas necesarias para que el jurado pueda arribar a una decisión válida.

2) La clase de capacitación que los operadores judiciales ya sea en instancias de grado o posgrado, pueden haber obtenido antes de llegar a un juicio a un jurado, y fundamentalmente las modificaciones que serían necesarias realizar en la formación de los futuros abogados y abogadas para maximizar esta gran herramienta de democratización y participación popular en la justicia que es el juicio por jurados.

Dicho proyecto, si bien está avanzado, no cuenta aún con informe final, dado que la declaración de pandemia y cómo se desarrolló la actividad de los tribunales orales durante la misma, afectó los tiempos previstos, habiendo sido prorrogado por un año. Lo que se presentan entonces, son los avances alcanzados hasta el momento.

2.- Sobre la Investigación

La investigación se proyectó con una metodología exploratoria – descriptiva, con un abordaje cuantitativo – cualitativo, con prevalencia de la segunda sobre la primera. En el primer caso, se trata de una descripción de los juicios llevados adelante en el Departamento Judicial, y número de sentencias absolutorias y condenatorias.

En cuanto a lo cualitativo, se realizaron observaciones indirectas (análisis de contenido, revisión bibliográfica, publicaciones periodísticas, documentos judiciales), así como entrevistas en profundidad y semi estructuradas (preguntas abiertas, de hecho, de acción, y de opinión) y finalmente una observación no participante.

3.- Algunas consideraciones teóricas:

El juicio por jurados es un mandato histórico de la Constitución Argentina para los juicios criminales (Bianchi, 1998), el cual fue incumplido durante más de un siglo y medio por las provincias, que son las que, también por mandato constitucional, poseen a su cargo la administración de justicia (Maier, 2004).

La Provincia de Buenos Aires intentó ajustarse a la Constitución con la sanción de la Ley N° 14.543 del año 2013 que implementa el juicio por jurados para aquellos casos en que se juzguen delitos cuya pena en abstracto sea de más de 15 años de prisión (Harfuch, 2013).

Esta modalidad de juicio posee una característica radicalmente distinta a toda la tradición de la decisión judicial desde que Argentina se convirtió en un Estado-Nación, y que incluso traía consigo la marca del origen de las formas jurídicas romanista europea a través de los siglos de haber sido colonia española (Binder, 2013).

Si bien existen cuestiones que generan numerosos reparos en algunos operadores de derecho, la postura teórica que asume este grupo de investigación es que cumplir un mandato constitucional, por más olvidado que el mismo esté, es una cuestión que merece ser valorada positivamente. En este sentido la fuerza normativa de la Constitución debe tomar toda su estatura. Así, entendemos que la implementación del juicio por jurados, impactará positivamente en la formación de los abogados, a fin de acercar a los mismos a la ciudadanía y de permitir que la actividad del poder judicial, que en general es vista por la opinión pública como una institución fuertemente desvalorada, comience a modificar dicha circunstancia.

Las prácticas jurídicas no dejan de ser un producto de un campo, en este caso jurídico, que además es el que por su autoridad posee el monopolio de la violencia simbólica en la sociedad, y que a partir de la introducción del juicio por jurados, va a ver mermado dicho monopolio (Bourdieu, 2002)

Así, Porterie y Romano expresan que:

El jurado ofrece a la clase dirigente un “remedio” con posibilidades de revertir –en buena medida– los problemas que caracterizan la crisis de legitimidad del sistema penal (...) El jurado introduce un mecanismo de control social sobre el funcionamiento del sistema de justicia que se espera que impacte en varias instancias: la calidad de la investigación; la calidad del juicio y la calidad de la decisión judicial (Porterie y Romano, 2018:20)

4.- El juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires

La implementación del juicio por jurados en la Provincia de Buenos para aquellos juicios penales en que se ventilan hechos graves²¹⁵, plantea un desafío notorio que se expande hacia varios campos.

²¹⁵El art. 22 bis del Código Procesal Penal de la Provincia indica que: “El Tribunal de jurados

En primer lugar al interior mismo del sistema judicial, ya que de alguna manera, en los casos en que se realiza un juicio por jurado, se expropia al juez de su principal poder en el proceso, cuál es el decidir la culpabilidad o no de una persona, para transferírsele a un grupo de ciudadanos legos, que deben asumir esa responsabilidad, sin haber estudiado o haberse preparado en forma específica para tal función.

En segundo lugar, al resto de los operadores del sistema, ya sean funcionarios o abogados particulares, ya que la propia dinámica de un juicio por jurados exige a los mismos un tratamiento diferenciado en numerosos aspectos sobre estos casos (desde el planteamiento de una teoría del caso, al abordaje de la prueba de cargo o descargo y la forma de relacionarse con el resto de los actores, sean testigos, peritos o jurados), casi desde el primer momento en que intervienen en la causa y avizoran la posibilidad de un juicio oral por jurados.

En tercer lugar a la sociedad misma, ya que se le exige a aquellos ciudadanos que sean seleccionados para participar en un juicio, no sólo un grado superlativo de compromiso con el sistema judicial (por tiempo, por disponibilidad, etc), y los derechos de ciudadanos desconocidos para ellos, tanto sean las víctimas o los imputados, sino además una imparcialidad, capacidad de debate, deliberación y argumentación que ningún ciudadano con anterioridad debía asumir frente a la actuación del sistema judicial, ya que los aspectos técnicos que hacían a cualquier participación quedaban en manos de operadores con los conocimientos técnicos para intervenir en todas las instancias (Nicora, 2017).

En este sentido, en la Provincia de Buenos Aires, entre el primer juicio jurado que se realizó en el año 2015 y el año 2019, se realizaron 375 juicios por jurados, siendo el año 2018 con 104 juicios el que más destacado.

En lo que nos interesa puntualmente en este trabajo, esta modalidad de litigación plantea un desafío a la enseñanza misma del Derecho como

conocerá en los delitos cuya pena máxima en abstracto exceda de quince (15) años de prisión o reclusión o, tratándose de un concurso de delitos, alguno de ellos supere dicho monto. En el plazo previsto en el artículo 336, el imputado, personalmente o por intermedio de su defensor, podrá renunciar a la integración del Tribunal conjurados, en cuyo caso el Tribunal se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 22. La renuncia deberá ser ratificada por el imputado en presencia del Juez, quien previamente le informará de las consecuencias de su decisión, y verificará si fue adoptada libremente y sin condicionamientos. Una vez firme la requisitoria de elevación a juicio no podrá renunciarse al juicio por jurados, bajo pena de nulidad. En caso de existir pluralidad de imputados, la renuncia de uno de ellos determinará la integración del Tribunal de conformidad a lo establecido en el artículo 22.

disciplina de las Ciencias Sociales. La enseñanza del Derecho se caracteriza en Argentina por estar fuertemente centrada en el conocimiento disciplinar y la práctica de los operadores judiciales, quienes lejos de poseer formación pedagógica, poseen experticia en la tarea de abogado, cualquiera sea ésta, y a partir de la misma desarrollan su función pedagógica (Amilcar, Laguyas y Palacios, 2011).

Entonces el litigio frente a jurados populares exige otro tipo de comunicación entre los operadores, y entre éstos y los terceros en el proceso y los jurados, así como otras destrezas, en las cuales no existe prácticamente ni experticia ni conocimiento, ya que es una modalidad novedosa en buena parte del país.

La herramienta fundamental en el aprendizaje de destrezas para enfrentar un juicio por jurados es la litigación. Esta posee una metodología de abordar el derecho, propia de la comunicación oral en postura adversarial, que requiere la utilización de herramientas simbólicas y su transformación a partir de una comunicación eficaz, para que un tercero pueda tomar una decisión fundamentada en información de calidad. En este sentido no podemos pensar la litigación como una mera enseñanza práctica, ya que los elementos que se requieren para su desarrollo, poseen un impacto profundo en cómo abordamos las cuestiones teóricas de la disciplina. Duce sostiene, respecto a la experiencia chilena, que *“me interesa explicitar nuevamente que la metodología de litigación no se refiere al desarrollo de un curso específico, sino una nueva lógica de comprender la educación legal”* (2008:42).

Pensamos que comenzar a dotar de dichas herramientas desde los primeros años, fomentará en los estudiantes una forma de pensar y actuar el derecho que podrá marcar una diferencia sustancial para generar estudiantes interesados y comprometidos con un saber-hacer imprescindible para los nuevos profesionales.

Podemos sostener sin temor a equivocarnos, que el juicio por jurados debería impactar muy fuertemente en la forma en que se deben preparar los futuros abogados en su formación de grado, pero también presenta un desafío hacia todos los operadores judiciales del sistema penal actual, aunque no solo, ya que el aprendizaje de las reglas y destrezas necesarias para la litigación con jurados, mejoran notablemente la propia tarea de litigación ante diferentes procesos, fundamentalmente a partir de las nuevas nociones de desformalización y oralidad de procesos judiciales, que cobra cada día mayor expansión (Lorenzo, 2017).

5.- El juicio por Jurados en el Departamento Judicial de Mar del Plata

5.1.- Lo cuantitativo

En este Departamento Judicial se han llevado a cabo 18 juicios por jurados entre 2015 y 2020, año en el cual la pandemia impidió la realización de algunos de los que se encontraban agendados. Dichos juicios se han repartido entre los cuatro Tribunales Orales que posee el Departamento.

Esto ubica al Departamento Judicial en término intermedio, lejos del de Bahía Blanca, en los que hubo 78 juicios por jurados y que se destacó desde la implementación de esta modalidad como el que más juicio ha tenido.

Año	Debate realizado
2015	3
2016	4
2017	2
2018	3
2019	5
2020	1
Total general	18

La intervención de los Tribunales Criminales ha sido la siguiente:

Tribunal	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Tribunal 1					1	1	2
Tribunal 2	2	1	1	1	1		6
Tribunal 3		2	1	1	1		5
Tribunal 4	1	1		1	2		5
Total	3	4	2	3	5	1	18

De los cuatro Tribunales (tres jueces por Tribunal), han sido diez los/las jueces/juezas que han llevado adelante la audiencia de debate, realizando cinco jueces/juezas uno solo, cuatro jueces dos, y un juez tres juicios por jurados. De los diez jueces nueve son varones y una sola mujer, habiendo llevado la misma adelante solo un juicio por jurados

En cuanto a los Fiscales, han intervenido ocho funcionarios/as distintos, siendo sólo una de ellas mujer y llevando adelante dos de los 18 juicios por jurados. En este sentido tres fiscales han llevado adelante un solo juicio, cuatro han intervenido en dos juicios, y un fiscal tuvo a su cargo cuatro de estos juicios.

Respecto a la defensa oficial, un sólo juicio por jurados es el que ha sido llevado adelante por esta oficina, estando a cargo a de una defensora oficial. En el resto ha intervenido siempre la defensa particular, siendo doce los distintos abogados/as que han actuado, en algún caso con defensa conjuntas. En este caso tres abogados han actuado en dos juicios y el resto solo en uno, siendo dos las abogadas defensoras intervinientes.

5. 2.- Delitos y veredicto

Las calificaciones de los delitos por los cuales se han llevado a cabo estos juicios son los siguientes:

- homicidio (art. 79 del CP)
- homicidio en grado de tentativa (art. 42 y 79 CP)
- homicidio agravado por el uso de armas en tentativa (art. 41 bis, 42 y 79 CP)
- homicidio calificado (englobando aquí a todos los supuestos del art. 80 del CP)
- homicidio calificado en tentativa (art. 42 y 80 CP)

En cuanto a los tipos de veredictos los mismos fueron:

- Culpabilidad: 11
- No culpabilidad: 5
- Mixto: 1
- Sin resolución: 1

5.3.- Las entrevistas

Como se sostuvo en el apartado metodológico, las entrevistas a los operadores judiciales que intervinieron en los juicios por jurados se realizaron a fin de determinar las habilidades profesionales puestas en juego en los mismos, las necesidades de infraestructura para dichos juicios, sus diferencias con los juicios ante jueces técnicos, y la relación entre éstas y la formación profesional académica.

En este sentido se entrevistaron a los siguientes funcionarios y/o profesionales:

Funcionario	Entrevistado	Cantidad interviniente
Juez/Jueza	6	10
Fiscal	2	8
Defensor particular	5	12
Defensor oficial	1	1
Total	14	31

La declaración de pandemia del Covid-19 por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020, el cese de la actividad en el poder judicial de la Provincia a partir del 13 de marzo de 2020 y la declaración de emergencia sanitaria y aislamiento social, preventivo y obligatorio a partir del 20 de marzo de 2020 en todo el país, afectó gravemente la posibilidad de continuar con las entrevistas realizadas, fundamentalmente porque la interacción pre-

sencial entre entrevistador y entrevistado es fundamental en el cuestionario semi estructurado.

Asimismo, tampoco se pudo durante el año 2020 consultar las actas de las audiencias de dichos juicios, lo que se planificaba con un insumo de observación indirecta importante.

Sin duda, dicha situación afectó gravemente la posibilidad extraer algunas cuestiones más cualitativas que eran el centro de esta investigación.

Sin perjuicio de ello, se pudieron trabajar algunos aspectos que se expondrán a continuación.

5. 4.- Algunos resultados cuantitativos

Respecto a un primer aspecto indagado, en cuanto a las necesidades materiales requeridas para el desarrollo de los juicios por jurados, el 30 por ciento de los/las entrevistados/as consideraron que la sala de audiencias para la selección de jurados era “mejorable” y el 70 % la consideraron directamente “no adecuada”. Lo destacable de esta cuestión es que la totalidad de los/las entrevistados/as entendieron que estas condiciones poseen influencia en diferentes grados, en cómo se lleva adelante la tarea profesional.

Es necesario mencionar que la audiencia de selección de jurados es un acto previo al juicio en sí, en el cual se deben entrevistar aproximadamente a 50 personas, en forma conjunta y también individualmente, estando presente las partes del juicio y el juez del mismo. Esta actividad es central, puesto que en definitiva es la garantía de imparcialidad de quien va a emitir el veredicto, garantía que se debe conseguir a partir de asegurar las condiciones de control cruzado entre las partes, es decir la calidad propiamente de adversarial de elección del jurado.

Asimismo, teniendo en cuenta la diferencia entre la audiencia de selección y la audiencia de juicio propiamente dicho, se interrogó a los/las entrevistados/as sobre cuál de las dos instancias les generaron un desafío mayor en cuanto a las habilidades de litigación puestas en juego, atento que pueden ser aspectos bien diferentes. En este caso el 65 % de los entrevistados consideraron que la audiencia de debate generó el desafío mayor, y el 35 % respondieron lo propio pero respecto a la audiencia de selección.

Se interrogó a los agentes también, sobre en qué medida la exigencia del juicio jurados los llevó a adquirir nuevos saberes, habilidades o prácticas,

e independientemente de su función, todos/as consideraron que de la experiencia realizada habían salido con nuevos elementos que hacían a un aprendizaje de la labor profesional muy distinta al que venían realizando frente a órganos técnicos de juicio.

En otro punto se interrogó sobre si en la formación de grado y/o de posgrado o práctica profesional, pudieron adquirir las destrezas necesarias para actuar en el juicio por jurados. En este caso las respuestas mayoritarias fueron en un 50 % que si habían podido adquirir estas destrezas, un 20 % indicó que no, y un treinta por ciento indicó que había adquirido algunas solo en la formación, y otros sólo en la práctica profesional.

En relación a este punto también se interrogó sobre si resultaría necesario incluir nuevos saberes, conocimientos o prácticas en la formación de grado para esta nueva práctica profesional, estando todos los/las entrevistados/as de acuerdo en que esto es sumamente necesario para que esta modalidad de juzgamiento pueda alcanzar su objetivo principal, es decir, el dictado de un veredicto imparcial por los y las ciudadanos/as seleccionadas para ello, en vista a las pruebas aportadas y a la actividad en juicio de las partes en igualdad de condiciones procesales.

5.5.- Algunos aspectos cualitativos

En relación a estos aspectos, que no se han podido indagar en toda su dimensión por las dificultades mencionadas, nos vamos a referir a algunos de los aspectos de las entrevistas semi estructuradas.

En el punto “¿Desarrolló estrategias especiales a efectos actuar en la audiencia de selección?”, las respuestas más destacables son parte de fiscales y defensores, por el propio rol en el acto mencionado. Así, la mayoría destacó que no preparó estrategias especiales, y que se desarrollaron más que nada interrogatorios generales hacia los/las posibles candidatos a jurados. Si bien no era una preocupación puntual en la parte acusadora, si la defensa destacó lo central de esta actividad, y la falta de entrenamiento en poder utilizar estrategias a partir del auxilio de otras ciencias sociales, para lograr un jurado que pudiera presentar la mayor imparcialidad para los intereses de su causa. Así, hubo manifestaciones de un defensor, en el sentido que su falta de experiencia en este aspecto le impidió realizar una selección diferente, y que se debía perfeccionar en este aspecto que resulta fundamental para el resultado del juicio.

Es destacar que en los casos de las audiencias de selección, muchos de los operadores manifestaron la dificultad que surgió en la convocatoria a los y las candidatas a integrar el jurado, que generaba que no se convocara al número suficiente de candidatos como para hacer una selección adecuada, ya sea por dificultades en notificar a los y las seleccionadas o por la no presentación de dichas personas, más allá de la carga pública que representa. Esto sin duda recorta las oportunidades de integrar un jurado diverso e imparcial y es un fuerte aspecto a trabajar, ya que de la calidad de ese jurado depende que el juicio pueda expandir todos sus efectos positivos sobre el sistema penal.

En cuanto a los instrumentos y/o recursos utilizaron las partes en la audiencia de selección de jurados, en consonancia con lo expresado en el punto anterior, la mayoría de la parte acusadora y la defensa estuvo de acuerdo que no se utilizaron más que interrogatorios general no especializados y la intuición profesional. Es de destacar aquí, que las dificultades propias de cómo se llevan adelante los juicios en general y la audiencia de selección en particular, no facilita la implementación de estrategias específicas. Así, los posibles jurados son citados el mismo día de la audiencia, a veces no reuniéndose el número necesario para poder asegurar una selección adecuada para poder tener doce jurados y seis suplentes en los cuales además se refleje la paridad de género requerida por ley. Pero además, reconocen los y las agentes entrevistados/as que le han faltado elementos y/o ayuda de la psicología fundamentalmente, para poder desarrollar con plena eficacia la tarea.

Respecto a si tuvieron que adquirir y/o utilizar alguna destreza diferenciada para litigar de este modo, diferentes a las habituales en la práctica profesional frente a jueces técnicos, pregunta dirigida a defensores y fiscales prioritariamente, en todos los casos se menciona que en algún caso eso fue necesario. Así, en todos los casos estuvieron de acuerdo en que el pasaje del lenguaje técnico al lego es una diferencia fundamental, pero no sólo eso. Las formas de dirigirse a todos los involucrados en el juicio, desde los jurados pero también los testigos, peritos y propios funcionarios/as actuantes, debe ser diferente y adaptada a la necesidad de entendimiento de los jurados sobre lo que sucede en la audiencia, así como la propia forma de interrogar a testigos habituales, como los/as funcionarios/as policiales o médicos/as, entre otros, más habituados al propio lenguaje forense e inclusive a las etapas procesales de los juicios.

Uno de los aspectos más interesantes a trabajar fue la pregunta sobre cómo llevaron adelante los juicios adaptando los recursos conocidos a una modalidad de juicio diferente y si en su caso fueron satisfactorios los resulta-

dos. En este caso, hubo respuestas de muy variada índole, haciendo hincapié en diferentes cuestiones. Sin embargo, todos/as los entrevistados/as estuvieron de acuerdo en que se deben adaptar los recursos técnicos profesionales a la hora de litigar frente a jurados, y en su caso la totalidad estuvo de acuerdo en que el desafío era sumamente interesante, destacando los beneficios de esta modalidad, de juicio para garantizar todos los aspectos del debido proceso y hacer más asequible a los y las ciudadanos y ciudadanas la actividad judicial. Específicamente, muchos/as indicaron que la forma de adaptar esos recursos a la nueva modalidad partía de consultas previas con agentes intervinientes previamente en esta modalidad, presenciar un juicio anterior, y revisar bibliografía específica. Con respecto a los resultados, también la mayoría de las respuestas en principio fueron en sentido positivo, pero indicando que los mismos están ligados a la práctica, y que cuando más se profundice la misma, mejor y más satisfactorios serán esos resultados.

Uno de los casos para mencionar es el de uno de los jueces que debía llevar adelante la audiencia. En este caso, luego de preparar las instrucciones finales para el jurado junto con la intervención de la fiscalía y la defensa, el funcionario las sometió a un control extra con personas de su entorno que no tienen formación jurídica: “Si esas personas las podían entender, las instrucciones estaban bien, sino había que revisarlas”, indicó.

5.6.- La observación no participante

Aquí mencionaremos brevemente la participación de dos integrantes del grupo de investigación como observadores no participantes en una experiencia llevada adelante en la sede Mar del Plata de la UAA en el marco de una evaluación que se realizó en noviembre de 2018 en la Práctica Profesional Penal (materia de cuarto año de la carrera). La misma consistió en la realización de un juicio oral por jurados, en la cual el estudiantado tomó el rol del ministerio público, el particular damnificado y la defensa. Se trabajó sobre un expediente que había sido en su momento un caso llevado a juicio oral en el Departamento Judicial. Lo interesante de la experiencia, es que el jurado fue convocado por la cátedra sin intervención de las partes, por lo que llevaron su caso ante personas que no conocían y que debían obviamente persuadir de su versión del caso. El profesor titular de la materia fue quien hizo las veces de juez de la audiencia, y las instrucciones finales fueron trabajadas con el cuerpo docente. El estudiantado que participó fue un grupo de once, distribuidos en los tres equipos de las partes. Para llevar adelante la actividad, se tuvo que realizar durante buena parte de la cursada un entrenamiento específico.

Luego de la actividad se tomó contacto tanto con el estudiantado como con los invitados a formar parte del jurado, a fin de poder dar cuenta de la experiencia. En este punto nos interesa más que nada mencionar la experiencia del estudiantado, ya que es lo que hace al objeto de la investigación. Así, la totalidad de los y las estudiantes describieron a la experiencia como única, en el sentido que durante toda la carrera no habían tenido la exigencia de trabajar un caso de esa forma, y menos aún tener que exponer su preparación delante de un grupo de personas desconocidas, que si bien no juzgaban específicamente su trabajo, si lo iban a hacer a los fines de dar un veredicto por una u otra versión de las partes. También manifestaron mayoritariamente que no sentían que durante la carrera se los hubiera preparado para este tipo de práctica profesional. Lo interesante en este punto es que de alguna manera, coincidían con aquellos operadores judiciales que manifestaron algo parecido. En general, también estuvieron de acuerdo en que la posibilidad de un estudio situado, basado en el desarrollo de habilidades comunicacionales, hacía que el material teórico que habían visto en forma abstracta en las materias Derecho Penal Parte General y Parte Especial, fueran realmente apropiadas para generar un conocimiento práctico y de calidad.

Asimismo, los integrantes de la cátedra manifestaron que si bien realizar un juicio oral sobre un caso determinado, era una práctica habitual de la materia desde hacía más de una década, cuando tomaron la decisión de realizar la experiencia en el formato simulado de jurados, con participación de público voluntario, se avanzó de otra manera que en el mero ejercicio de simulación. Señalaron incluso que tuvieron que modificar parte de la estructura que tenía la materia para poder fortalecer la formación en litigación adversarial, y que esa forma de trabajo en el aula había generado un mayor compromiso por parte del estudiantado. En este sentido, por lo menos en esta cátedra, se veían como positivo lo que la modificación del Código Procesal Penal de la Provincia, con la introducción del juicio por jurados traía aparejado para con la formación de grado.



(Las fotos pertenecen a la observación no participante narrada)

6.- Conclusiones

Para cerrar este breve y no concluyente trabajo, podemos sostener ciertos aspectos de los que hasta el momento se pudieron dar cuenta en la investigación:

-El Departamento Judicial de Mar del Plata, con 18 juicios por jurados entre 2015 y 2020 se ubica en grado medio de la actividad respecto al resto de los Departamentos Judiciales de la Provincia.

-Los cuatro Tribunales del Departamento han llevado adelante juicios, y de los 12 jueces, por lo menos 10 de ellos en alguna oportunidad han sido jueces de la audiencia de juicio.

-Han intervenido 8 fiscales, 12 defensores particulares y solo una defensora oficial, marcando la gran diferencia en este aspecto, el hecho que la defensa oficial departamental, siendo en número la que mayor cantidad de imputados representa, no ha ejercido la facultad legal para sus defendidos respecto a esta modalidad de juicio.

-Los veredictos de culpabilidad en los juicios realizados son mayoría, no reflejando grandes diferencias respecto a los resultados de los juicios frente a jueces técnicos.

-Se entrevistaron a 14 funcionarios y/o profesionales, de los 31 intervinientes entre los 18 juicios.

-En general las condiciones materiales para esta modalidad de juicio no son las mejores, fundamentalmente en lo que hace a la audiencia de selección de jurados, aspecto fundamental en este tipo de juicio.

-Los desafíos en la litigación, la utilización de estrategias diferenciadas, las herramientas brindadas por la formación de grado y/o posgrado y la práctica profesional, y la necesidad de incluir algunos de estos aspectos en la formación de grado, fueron algunos de los aspectos indagados.

-De las entrevistas realizadas, se destaca el hecho que todos/as los operadores, están conformes con la in-

roducción de esta forma de juicio, y lo encuentran como una instancia superadora de ciertos aspectos de la oralidad plena en el fuero ya hace más de veinte años, fundamentalmente en lo que hace a la imparcialidad del decisor, con la serie de desafíos que la modalidad conlleva.

-También, que para cada uno/a en su rol, la misma presenta desafíos que son necesarios afrontar y que los hacen crecer en su labor profesional.

-Asimismo, se destaca que la implementación de esta modalidad de juicio repercute en la necesidad de abordar la formación profesional de los abogados con nuevas herramientas y el desarrollo de habilidades complementarias para que dichos juicios cumplan acabadamente con su objetivo constitucional.

-En cuanto a la simulación llevada adelante en el grado de formación, quienes participaron en la misma la han visto como sumamente positiva, entendiendo estudiantes y docentes, que el juicio por jurados presenta un más que interesante desafío para la formación de la rama de los derechos penales en particular, y de la formación de los abogados y abogadas, en general.

Bibliografía

AAVV. (2003), *Justicia y sociedad civil: el papel de la sociedad civil en la reforma judicial: estudios de casos en Argentina, Chile, Perú y Colombia*. Buenos Aires, INECIP.

AAVV (2014), *El juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire.

Amilcar, María J.; Laguyas, María y Palacios, Leonardo (2011) “Posibilidades metodológicas en la enseñanza del Derecho” *Revista Anales*, UNLP, Año 8, N° 41.

Bergman, P. (1989), *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, en Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Bianchi, Alberto (1998), *El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

Binder, Alberto M. (2011), *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires, Astrea.

Binder, Alberto M. (2013) *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires, Ad-Hoc.

Binder, Alberto M. (2014) *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires, Ad-Hoc.

Binder, Alberto M. y Harfuch, Andrés (Dir) (2016), *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional: sentencias comentadas y opiniones académicas del common law y de la Corte Europea de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Ad-Hoc.

BOMBINI, G, GUZZO, D., MASSARI, L. y PALACIOS, L. (2020) “Las visiones profesionales de los abogados defensores sobre el juicio por jurados ¿Democracia o punitividad?” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Editorial La Ley, Año X, N.º 2, Marzo 2020.

Diamond, Shari Seidman (2016), *Las múltiples dimensiones del juicio por jurado. Estudios sobre el comportamiento del jurado. Jurado penal y jurado civil*, Buenos Aires, Ad Hoc.

Duce, M. (2008), “La experiencia chilena en la enseñanza del litigio oral.” en *Revista de Ciencias Penales: Iter Criminis*, N° 5 Cuarta época (septiembre-octubre), Santiago de Chile.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, (2001) *La enseñanza del Derecho en Argentina*, Ediar, Buenos Aires.

Gordillo, Agustín, (1988) *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Editorial Civitas, Madrid.

Guyot, V, y Vitarelli, M. (1996) “El oficio del profesor: hacia una nueva Práctica Docente”, Enfoques Pedagógicos, serie internacional, N° 13, Volumen 4 (3), Septiembre- Diciembre 1996.

Hans, Valerie P. y Gastil, John (2014) *El juicio por jurados. Investigaciones sobre Deliberación, el Veredicto y la Democracia*, Buenos Aires, Ad Hoc.

Harfuch, Andrés (Dir.) (2014) *El jurado clásico. Manual modelo de Instrucciones al Jurado*, Buenos Aires. Ad Hoc.

Harfuch, Andrés (2013), “La nueva ley de juicio por jurados de la Provincia de Neuquén, Argentina”, *Revista Sistemas Judiciales*, N° 17, año 2013, Buenos Aires.

Harfuch, Andrés (2013), *El juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires. Ley provincial N° 14.543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*, Buenos Aires, Ad Hoc.

Hendler, Edmundo S. (2006) *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.

Lorenzo, Leticia (2012), *Manual de Litigación*, Buenos Aires, Didot.

Lorenzo, Leticia (2017), *Manual de Litigación Civil* Centro de Estudios de Justicia de la Américas CEJA, Santiago de Chile

Maier, Julio B. (2004), *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.

Maggio, Mariana (2018), *Reinventar la clase en la Universidad*, Paidós, Buenos Aires.

Martin, A. (2020), *Procesos penales. Programa de Estudios sobre Poder Judicial. Juicios por jurados en la provincia de Buenos Aires 2014-2019*, Editorial Edunpaz, Buenos Aires.

Nicora, Guillermo (2017), “El voi dire: claves para lograr un jurado competente, independiente e imparcial” en LETNER, Gustavo y PIÑEYRO, Luciana (coord.) *Juicio por jurados y procedimiento penal*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire.

Nicora, Guillermo (2014), “Selección de jurados desde cero. una primera mirada sobre las nuevas destrezas de litigio”, en *Revista Pensamiento*

Penal, 03/03/2014, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38320-seleccion-jurados-cero-primera-mirada-sobre-nuevas-destrezas-litigio> visitado el 28/2/19.

Penna, Cristian (2013), Prejuicios y falsos conocimientos. 160 años de cuestionamientos al juicio por jurados en argentina, *Revista Pensamiento Penal*, 03/10/2013, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37363-prejuicios-y-falsos-conocimientos-160-anos-cuestionamientos-al-juicio-jurados> visitado el 28/2/19.

Porterie María Sidonie, Romano, Aldana, Hans, Valerie P. (2017), *Proyecto de investigación empírica sobre el juicio por jurados en Neuquén. Informe preliminar. Agosto 2017*, Cornell Law School-Inecip, disponible en www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/08/miscelaneas45670.pdf visitado el 28/2/19.

Porterie, María Sidonie, Romano, Aldana (2018), *El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*, INECIP y Embajada Británica Buenos Aires, Buenos Aires.

Valles, Miguel (1999), *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexiones metodológicas y práctica profesional*, Ed. Síntesis, Madrid.

Anexo I

Cuestionario semi estructurado para operadores judiciales

“Juicio por jurados: saberes específicos y práctica profesional en el Departamento Judicial de Mar del Plata, 2014-2010”

- 1) Lugar, fecha y hora de la entrevista:
- 2) Cargo o función y tiempo en el mismo:
- 3) Qué función desempeñó en el juicio por jurados?

Juez	Fiscal	Defensor	P	O	Secretario
------	--------	----------	---	---	------------

En cuantos juicios por jurados participó?

1	2	3	4	5
---	---	---	---	---

Cómo evalúa las necesidades materiales requeridas para el desarrollo de los juicios por jurados?

Condición	Muy adecuadas	Adecuadas	Mejorable	No adecuada
Citación de candidatos a jurados				
Sala de audiencia de selección				
Sala de Juicio				
Sala de Deliberación				
Espacio para que los jurados almuercen/etc.				
Contacto de los jurados con las partes				
Otra				

4) Si encontró falencias en el punto 5, ¿cómo influyeron en su labor como operador judicial?

5) ¿Qué audiencia significó un mayor desafío en cuanto a técnica de litigación y/o comunicación?

Audiencia de selección	Audiencia de debate

6) ¿Desarrolló estrategias especiales a efectos actuar en la audiencia de selección?

7) ¿Qué instrumentos y/o recursos utilizaron las partes en la audiencia de selección de jurados?

8) ¿Tuvo que adquirir y/o utilizar alguna destreza diferenciada para litigar de este modo, diferentes a las habituales en la práctica profesional frente a jueces técnicos?

9) ¿Cómo llevaron adelante los juicios adaptando los recursos conocidos a una modalidad de juicio diferente? ¿Fueron satisfactorios los resultados?

10) En su formación de grado y/o de posgrado o práctica profesional, pudo adquirir las destrezas necesarias para actuar en el juicio por jurados?

11) Desde su experiencia, ¿considera que deben incluirse nuevos saberes, conocimientos o prácticas en la formación de grado para esta nueva práctica profesional?

Mar del Plata, 13 de junio de 2021.-

Las IV Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica se llevaron a cabo en la Facultad de Derecho (UNICEN) durante el 25 y 26 de Junio de 2021, bajo una modalidad virtual.

Las Jornadas constituyen un espacio de presentación e intercambio de los resultados de las investigaciones individuales y grupales generadas en la Facultad y en otras universidades o centros de investigación en ciencia jurídica. Por ello, están dirigidas a investigadores, becarios/as de investigación, docentes, tesisistas, estudiantes y graduados/as.

Las Actas contienen las ponencias presentadas y seleccionadas por el Comité Científico para su publicación.

