

**PROGRAMA
DE BECAS
ESTÍMULO
A LA
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA
PARA
ESTUDIANTES
DE GRADO**

INFORMES FINALES DE INVESTIGACIÓN – AÑO 2016



La presente publicación se enmarca en el Programa que responde a una política interna de ciencia y técnica a fin de promover y contribuir a la investigación y formación de recursos humanos, en miras de incentivar el desarrollo de la ciencia del Derecho, de conformidad con el artículo 79° del Estatuto de la Universidad Nacional de Rosario y los artículos 4° y 28° de la Ley de Educación Superior N° 24.521.

PRÓLOGO

Es para mí un orgullo presentar los trabajos de investigación realizados por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la U.N.R., en el marco del Programa de Becas de Estímulo a la Investigación Científica de nuestra Casa.

En efecto, en el marco de la labor llevada a cabo por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad, es que propusimos al Consejo Directivo la asignación de becas de estímulo a la investigación científica a estudiantes de la carrera que cumplan los requisitos establecidos, previa selección por parte de Investigadores de carrera.

Así las cosas, el Consejo Directivo de nuestra Facultad aprobó por unanimidad dicha propuesta mediante el dictado de la Resolución N° 577/16 de fecha 3 de octubre de 2016.

Los trabajos que estamos presentando constituyen los primeros en este significativo derrotero que comenzamos a transitar junto a nuestros estudiantes.

Es que si como frecuentemente decimos, necesitamos de futuros abogados que no sólo litiguen, ejerzan la función judicial o legislativa, asesoren o sean docentes, sino que también se comprometan con la investigación científica, podemos afirmar sin hesitación alguna, que con la implementación de este programa hemos dado un paso trascendental a esos efectos.

Además, si como acertadamente señala una distinguida investigadora de nuestra Casa, a investigar se aprende investigando, el desarrollo de esa práctica por parte de nuestros Estudiantes constituye una evidencia irrefutable de que vamos por el buen camino.

Es por ello que, siendo esta la primera producción que exhibimos en el marco de esta acción académica, quiero no sólo felicitar a los autores, incentivándolos a que continúen el camino que han iniciado, reconocer y valorar el trabajo que se viene llevando a cabo desde la Secretaría de Ciencia y Técnica en la persona de su Secretaria, Doctora Erika Nawojczyk junto al personal nodocente que desarrolla en ese ámbito sus tareas, sino comprometernos para que juntos, todos los que integramos la comunidad académica de nuestra Facultad sigamos en este camino buscando intensificar la excelencia académica que caracteriza a nuestra Facultad.-



Marcelo Vedrovnik

Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario

«El abogado del niño, alcances de un derecho poco definido»

Alumno: Lucas Barreto

Director: Dra. Diana Brustia

Introducción

En las últimas décadas hemos sido testigos de un cambio de paradigma respecto de cómo se concibe a los niños, niñas y adolescentes en el derecho de la niñez, éstos pasaron de estar definidos por su incapacidad y ser un objeto de control que requería de la tutela del juez, a ser concebidos como sujeto de derecho, quienes ya no son delimitados por lo que no pueden hacer, sino que al contrario, lo son por su capacidad progresiva, que les permite el ejercicio de sus derechos de acuerdo con el grado de madurez y desarrollo. Así, se les reconoce internacional como nacionalmente, el derecho a ser oído, es decir, que su opinión sea tomada en cuenta en cualquier conflicto que lo afecta o tenga como protagonista, y tal es su importancia que se presenta como un requisito ineludible del proceso.

En este marco, surge una figura de muy reciente creación, que se constituirá como la voz del niño en el proceso, que defenderá la postura de este no pudiendo apartarse de ella independientemente de cuáles sean las posturas de los padres o del defensor, interviniendo en aquellos casos en que la opinión del niño no haya sido tomada en cuenta o bien cuando los intereses de éste colisionen con los de sus padres o tutores, nos referimos al abogado del niño.

Siendo una figura que acarrea ya varios años de aplicación, el desarrollo doctrinal aún sigue siendo disperso y poco concluyente delimitando esta figura, nos preguntamos si ha sido efectiva su aplicación en la práctica, consideramos que ha realizado aportes positivos por la importancia del rol que lleva a cabo.

En la presente investigación utilizaremos una estrategia metodológica cualitativa donde combinaremos fuentes de información primaria y secundaria. Al respecto de las fuentes primarias, recurriremos a documentos oficiales de instituciones públicas y privadas, legislación y normativa relacionada, y la realización de entrevistas a profesionales especializados en la temática; en cuanto a las fuentes secundarias utilizaremos revistas académicas, libros publicados en los últimos años para considerar opiniones de diferentes autores especializados, distintos sitios webs vinculados a la temática, trabajos de investigación y artículos de prensa.

Nos proponemos como objetivo general, brindar un panorama actualizado de los casos en que puede ser concedida la participación del abogado del niño, poniendo énfasis en las posibilidades reales de acceso a este derecho en la ciudad de Rosario.

Como objetivos específicos, detallar la normativa internacional y nacional regulatoria vigente sobre la temática en cuestión.

Identificar en qué procesos participa el abogado del niño y cuál es el rol que debe cumplir.

Determinar cómo ingresa al proceso el abogado del niño, y el mecanismo necesario para solicitarlo.

Ilustrar los requisitos y con qué formación se debe contar para el ejercicio de esta labor y las facultades a las que se accede.

Determinar la posibilidad real de acceso a este derecho en la práctica, individualizando tanto la jurisprudencia que se ha expedido en el tema, como las opiniones doctrinarias.

La investigación tendrá un desarrollo en tres capítulos:

En el primero de ellos abordaremos el concepto de abogado del niño, el marco legal en que se inscribe, determinando los requisitos legales que habilitan su intervención, como las interpretaciones doctrinarias de los artículos.

En el segundo, nos abocaremos a analizar los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para comprender qué tratamiento le ha dado el alto tribunal al tema frente a las diversas controversias interpretativas sobre la ley.

En el tercer y último capítulo, describiremos brevemente cómo ha sido la actuación del abogado del niño en la práctica de los tribunales de Rosario.

Capítulo 1

La figura del abogado del niño

1. Introducción. Dentro del espectro de derechos que son reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, se encuentra el derecho a ser oído. El mismo tiene su reconocimiento internacional en la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12 donde establece la obligación de los Estados Partes de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Así mismo, el segundo párrafo de dicho artículo, establece que se dará al niño oportunidad de ser oído en todo procedimiento administrativo o judicial que lo afecte.

Este derecho, no debe entenderse de forma literal como condicionado a que el niño pueda “formarse un juicio propio”, sino más bien es un requisito formal de todo proceso en el que intervenga un niño, una garantía mínima que no puede ser eludida, por lo que el niño deberá ser escuchado cada vez que así lo peticione y el juez no podrá negarse bajo el pretexto de haber escuchado ya a su representante, así lo disponen los ejes rectores de la Convención, que persigue la real y efectiva participación del niño en los asuntos que le afectan. Además, este derecho será respetado independientemente de la edad del niño, y en todo caso, lo que cambiará será la consideración subjetiva que adoptará el juzgador¹. Esta participación activa en el proceso, irá desde el derecho a expresar su opinión, así como el de constituirse como parte procesal de la mano del abogado del niño.

A nivel nacional es la ley 26061, de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la que especifica las garantías reconocidas, y que extiende el derecho de defensa técnica en todo proceso judicial o administrativo en que participe el niño.

Así dispone el inciso “c” del art. 27 de la antes mencionada ley:

“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los

¹ SOLARI, N. “La elección del abogado del niño”. La Ley. 2009. Página 409.

afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”

Este es el artículo base en el que se reconoce la figura del abogado del niño, el cual es de mayor amplitud que lo reconocido por la Convención – que es un piso que puede ser ampliado por los Estados –, así el abogado del niño es quien se inserta en el proceso para hacer valer la postura personal del menor de 18 años, transmitiendo las opiniones del niño en el proceso que lo afecte, independientemente de la postura de los padres o del Defensor de Menores, debiendo ser idóneo en la materia de la que verse el asunto (civil, penal, administrativa, laboral) y además contando con una formación especial que incluya conocimientos específicos y actualizados del derecho en materia de niñez². Con esta ley, se despeja cualquier duda interpretativa respecto de si el niño debe haber alcanzado determinada edad para ser escuchado, puesto que esta no restringe en forma alguna que el niño sea escuchado en juicio³.

Los primeros intentos de delinear esta figura surgen como resultado del avance en derechos del niño en el ámbito familiar, y particularmente de los conflictos familiares en que quedaban contrapuestos los deseos, necesidades e intereses de los niños respecto de los de los padres. Así, encontramos antecedentes en el derecho comparado, entre los cuales podemos mencionar:

- El Consejo de Europa en la Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño de Strasbourg, en 1966 desarrolla los derechos del niño en el proceso, por ejemplo, designar su propio abogado, demandar y estar en juicio;

² ACOSTA, K. “Cuando un niño necesita un abogado”. Sistema Argentino de Información Jurídica. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080039-elena_acosta-cuando_un_nino_necesita.htm Consultada el 6/10/2017.

³ RODRÍGUEZ, L. “Infancia y derecho: del patronato al abogado del niño, experiencia de la clínica jurídica de la Fundación Sur”. EUDEBA. Buenos Aires. 2011. Página 112.

- En Francia, el niño puede designar su abogado en forma directa, quien informará su aceptación al juez, además de haber sido creadas asistencias gratuitas para niños en el ámbito de los colegios de abogados. Respecto de sus honorarios, son cubiertos por el Estado;
- En EUA, se reconoció en el fallo “Gault” de la Corte Suprema en 1977, la comparecencia de un joven ante un tribunal de menores mediante la figura de un abogado diferente del de sus progenitores.

Las relaciones familiares se inscriben en el espectro de la “normalidad”, entendiéndose que su funcionamiento es autónomo y que no necesita de la intervención judicial, sin embargo, no podemos dejar de reconocer que es en este entorno donde se cometen una gran cantidad de violaciones de los derechos de los niños, que pasan a convertirse en objetos de consumo emocional para los padres, rehenes de conflictos conyugales. Se trata de casos de familias en las que existen graves problemas relacionales y comunicacionales, situaciones de violencia doméstica, conflictos de orden patrimonial entre padres e hijos, o padres de hijos adolescentes que no pueden convivir con éstos⁴. Por lo que estos chicos muy probablemente carezcan de una defensa propia, caso en el que de ser advertido, se debe proponerla intervención de un abogado al niño.

2. ¿Cuándo se debe nombrar un abogado del niño? Debido a la amplitud de las fórmulas legales y la dispersión de normas, ha sido el trabajo de la doctrina el de delimitar los alcances de la figura, es menester que señalicemos los requisitos que se presentan como necesarios para habilitar el otorgamiento del abogado del niño según diversos autores.

Respecto de si el niño debe haber alcanzado una edad determinada para ser patrocinado por un abogado propio, entendemos que no se trata de una cuestión relevante puesto que la ley 26061 no establece ningún tipo de condición en lo que refiere a la edad del niño para la concesión del abogado, por lo que no correspondería establecer requisitos que la ley no estipula, situación que es diferente, según Mizrahi cuando se trata de escuchar los

⁴ ACOSTA. Op. cit. Página 3.

dichos y planteos del niño, los que serán medidos de acuerdo con el grado de desarrollo.⁵

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial (en adelante “CCC”), la doctrina estaba dividida puesto que algunos autores entendían que la ley 26061 tenía que interpretarse de acuerdo con la normativa del Código Civil, en particular con el art. 921 que establecía la edad de 14 años como aquella a partir de la cual se adquiría el discernimiento para los actos lícitos.

Hoy en día, el CCC se enrola en la postura de la Convención sobre los Derechos del Niño que reconoce el principio de la autonomía progresiva, podemos sostener que la participación activa en el proceso por parte del niño dependerá del grado de madurez y desarrollo que deberá ser evaluado por quien deba resolver la contienda en la que el niño esté involucrado, sin que esto implique negar el derecho a defensa técnica de todo niño, para aquél caso en que el menor de edad no pueda designar por sí mismo al profesional y dicha elección la realice un tercero.

Debemos mencionar que la doctrina también se divide al momento de determinar qué asuntos o materias habilitan el nombramiento del abogado del niño, puesto que parece haber contradicciones en la norma.

Por un lado, el art. 27 de la ley 26061 reconoce la asistencia legal del niño en cualquier procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. Es decir que se obligaría al Estado a proporcionarle a todo niño, niña y adolescente afectado por un proceso administrativo y judicial un abogado gratuito cuando el niño no lo hubiera designado, por tratarse de una garantía mínima del procedimiento, cualquiera que fuera su edad, grado de comprensión y madurez, existan o no intereses contrapuestos con sus padres. Debido a la amplitud de esta fórmula, hay quienes la interpretan como un gran avance en el reconocimiento de derechos en nuestro país, así Solari manifiesta que el derecho al patrocinio letrado del niño constituye una garantía mínima del procedimiento, tanto judicial como administrativo, independientemente de su edad, agregando que no pueden establecerse edades o condicionamientos para el ejercicio de esta garantía mínima reconocida por el ordenamiento jurídico⁶. Otros, ven dicha amplitud como un obstáculo puesto que en la práctica casi cualquier proceso podría afectar al menor de edad y

⁵MIZRAHI, M. “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño”. La Ley. 2011. Página 194.

⁶SOLARI. Op. cit. Página 410.

obligaría a la inserción de un abogado del niño en todos los casos, lo cual podría entorpecer el curso de los procesos, por lo que entienden que será en el trabajo de los jueces donde se delimite el alcance de la fórmula.

Por eso es por lo que, se plantea como una forma de recorte, que exista un conflicto entre los intereses del niño respecto de los de sus padres. Mizrahi señala que la inserción del abogado del niño deberá ser determinada por el juez que advierta que “la complejidad del asunto que tiene en sus manos, y sospeche que juegan en el caso intereses contrapuestos”⁷.

Esta pareciera ser la postura adoptada por el CCC que en su art. 26 establece:

“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”.

Así, tratándose de un caso de evidente conflicto entre los progenitores, procedería la designación del abogado del niño puesto que éstos estarían imposibilitados de llevar adelante la voz del niño desprendiéndose de sus posiciones propias⁸.

Al respecto, tenemos que referirnos a un fallo de la Corte Suprema de Mendoza, en el que se dijo:

“Debe designarse un abogado que defienda exclusivamente los derechos de un menor, particularmente en lo que se refiere al contacto con su padre, pues la animosidad de su madre con este último y las dificultades que presenta para ejercer las funciones inherentes al rol maternal permiten concluir que no se encuentra en condiciones de representar y defender adecuadamente los

⁷MIZRAHI, M. “Intervención del niño en el proceso y su derecho a contar con un abogado que lo asista” en: Emilio García Méndez (comp.) *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: Análisis de la ley 26.061*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2008. Página 80.

⁸BIGLIARDI, K. “El abogado del niño”. Thomson Reuters. Disponible en: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/12/doctrina-el-abogado-del-nino-autor-karina-a-bigliardi/> Consultada el 12/10/2017.

*intereses de su hijo; máxime que resultaría una grave anomalía que ambos sean defendidos por un mismo letrado”.*⁹

Cabe preguntarnos qué casos abarcaría, al respecto Famá sostiene que sería aplicable por ejemplo a los juicios de tenencia y de violencia familiar contra el niño¹⁰. Basso sostiene que se deben abarcar los conflictos entre padres y los niños por la radicación en un país extranjero, así como “cuando los intereses contrapuestos enfrentan a ambos padres y el niño es el destinatario de la decisión que debe resolver esa contraposición de intereses”.¹¹

En los Estados Unidos, se elaboró la “*Uniform Representation of Children in Abuse, Neglect, and Custody Proceedings Act*” (URCANCPA)¹². En el marco de la Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de Criterios en las Leyes Estaduales, que enuncia en su sección 6, factores a considerar al momento de evaluar si debe designarse un abogado del niño en la que se mencionan:

- El deseo de representación o participación expresado por el niño.
- La inapropiada influencia o manipulación evidenciada respecto del niño.
- La probabilidad de que el niño sea llamado como testigo o sea interrogado por la Corte y la necesidad de minimizar el daño que puede ocasionarle el proceso.
- El nivel de litigiosidad entre los adultos que exprese una falta de objetividad respecto de las necesidades del niño.
- La interferencia o el intento de interferencia con la custodia, el acceso o visitas al niño, incluyendo el secuestro o riesgo de secuestro del niño.

⁹Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 8/4/2014, “DYNAF s/ solicita medida conexas s/ inc.”, LL del 26/5/2014, p. 10.

¹⁰FAMÁ, M. “Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia”. Jurisprudencia Argentina. 2009. Página 20.

¹¹BASSO, S. (2007): “El Abogado del Niño” y la Ley 26.061 de protección integral de derechos de Niños, Niñas y adolescentes. Un análisis preliminar”. Ponencia presentada en IV Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI. Abogacía y Magistratura en los procesos de cambio social - Buenos Aires, 19, 20 y 21 de abril de 2007- Facultad de Derecho - Univ. de Buenos Aires. Ver: <http://www.aaba.org.ar/bi23n031.htm>

¹² Disponible en: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/representation%20of%20children/urcancpa_final_07.pdf

- La posibilidad de mudanza del niño que pueda reducir sustancialmente el tiempo que el niño tenga para el contacto con uno de sus padres, sus hermanos u otro individuo con el cual tenga estrecha relación.
- El comportamiento de alguna de las partes o de personas relacionadas con alguna de las partes que implique serios riesgos para la seguridad del niño durante el período de guarda, visitas, o tiempo que comparta con dicha persona.
- Disputas sobre la paternidad del niño.

Podemos concluir en que se deben encontrar en juego los intereses y derechos del menor de edad para que proceda esta figura.

3. El rol del abogado del niño y su intervención. No siendo una cuestión menor, una parte de la doctrina afirma que se confunde el rol del abogado del niño con el del Defensor de Menores e Incapaces ('asesor' según la jurisdicción a la que pertenezca) y el del tutor especial. El Defensor de Menores e Incapaces tiene la función de reclamar en defensa de los derechos e intereses de los incapaces, entre ellos los menores de 18 años, actuando en carácter de representante promiscuo del incapaz, tanto en asuntos judiciales o extrajudiciales, de contenido personal o patrimonial, en los que el incapaz sea actor o demandado, y siendo una representación simultánea y paralela a la representación necesaria de los padres. De manera que, en casos excepcionales, el Defensor podría actuar contra cierta pretensión del representante necesario que entienda perjudicial para el niño. Sin embargo, la mayoría de los autores entiende que el alcance de esta representación promiscua es restringido, representando junto con, o colaborando con el representante necesario¹³.

Bigliardi entiende que:

“El asesor de incapaces tiene su encuadre legal en el art. 103 del Código Civil y Comercial. El legislador se inclinó por otorgarle la representación directa del menor de edad cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes. Un supuesto puede ser cuando un progenitor no permite un régimen de comunicación fluido con el otro, el asesor

¹³ROBERTS, J. “El abogado del niño: el defensor de menores”. En *Cuaderno Jurídico Familia*. El Derecho. Número 9. 2010. Página 9.

debe ejercer una actividad procesal que permita al niño realizar su derecho a tener debido contacto con ambos progenitores (art. 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño)”¹⁴.

Similar situación se plantea sobre el tutor especial regulado en el art. 109 del CCC, que establece que “Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes...”. Por lo que si los progenitores no ejercieran correctamente la representación del menor de edad, de manera desinteresada o negligente, correspondería la designación del tutor especial.

Sobre esta cuestión tenemos que partir de que el asesor de menores y el tutor especial, son figuras que nacieron bajo el paradigma de la situación irregular, así, el asesor de menores actuará bajo la ideología del patronato y la incapacidad del niño que le impide tomar sus decisiones, desde una postura paternalista, mientras que el abogado del niño nace en el paradigma de la protección de los niños, niñas y adolescentes y actúa de la mano de la capacidad progresiva que le da mayor protagonismo al niño en las decisiones que le atañen.

La postura contraria, entiende que el asesor de incapaces actúa según su parecer, no en nombre del niño, sino en nombre del Ministerio que integra, lo que lo habilita a alejarse de la postura del niño, y seguir su criterio como asesor, materializando la mirada adulta del interés superior del niño, mirada donde lo que le conviene al niño puede coincidir o no con lo que el niño cree que es conveniente. La representación del asesor de menores es complementaria a la representación legal del niño, ya sea ejercida por sus padres o tutores¹⁵. Y como se mencionó anteriormente, el abogado del niño se caracteriza por actuar de manera independiente respecto del asesor, por transmitir y hacer valer la postura personal del niño sin sustituir su voluntad.

Así, el decreto 415/06, reglamentario de la ley 26061 establece y diferencia ambas figuras:

“El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e

¹⁴BIGLIARDI. Op. cit. Página 5.

¹⁵LEONARDI, C. “El abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo ‘M., G. c/ P., C. A.’”. En *Cuestión de Derechos*. Número 3. 2012. Página 108.

individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”.

Una de las principales críticas que se le realiza al defensor de menores es que en la práctica, no actúan como verdaderos defensores de los derechos de los niños, o que no garantizan de modo suficiente la protección de los niños necesitados, a lo que los autores que están en contra de la figura del abogado del niño, responden que se trata de una cuestión ajena a la letra de la ley, y que las causas que provocan esto son la escasa difusión o promoción, la falta de estructura y capacitación, un posible temor hacia los jueces, o la exigencia y supervisión inexistentes¹⁶; si bien el planteo es correcto, puesto que muy probablemente existan fallas institucionales, esta postura confunde los roles de ambas figuras, ya que independientemente de las fallas que los defensores puedan tener en su ejercicio, su función y actuación es diferente a la del abogado del niño.

En relación con el tutor especial, Pérez Manrique ha señalado que mientras el abogado del niño actúa en carácter de patrocinante de éste, el tutor ad litem (o curador ad litem, como lo denomina el autor según la legislación uruguaya) “supone la incapacidad de poder discernir por sí, pues esa es la esencia de la curatela como instituto de protección... El curador, por su propia definición, defenderá el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión”¹⁷. El tutor especial representa los intereses del niño desde su mirada adulta, su leal saber y entender, en sintonía con la incapacidad de menores, quedando desconocida la opinión del niño¹⁸. Y como antes mencionamos, el abogado del niño no reemplaza al niño en su palabra, sino que responde a sus intereses personales y autónomos.

4. La designación del abogado del niño. En este sentido, cabe preguntarnos quién designa al abogado del niño, una primera conclusión sería que, tratándose de un derecho

¹⁶ROBERTS. Op. cit. Página 9.

¹⁷PEREZ MANRIQUE, R. “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”. En *Justicia y Derechos del niño*. Número 8. 2006. Página 254.

¹⁸RODRÍGUEZ. Op. cit. Página 7.

del niño, éste es quien debería de elegirlo de acuerdo con el grado de madurez y desarrollo, para lo cual también es de relevancia que el niño conozca este derecho¹⁹.

Como en cualquier sistema de derechos y garantías, es el propio niño quien tiene el derecho de elegir a su abogado, de acuerdo con el principio de autonomía progresiva, por lo tanto, como sostiene Mizrahi es necesario que los tribunales tomen recaudos especiales para que el abogado que patrocine al niño no pertenezca a la órbita de influencia de alguno de sus padres, y así poder garantizar el desempeño independiente de aquél.²⁰ Así también, deberá guardar confidencialidad, puesto que no puede divulgar la información que le es brindada por el niño, alcanzando dicha confidencialidad incluso respecto a los padres, debiendo el niño entrevistarse de manera privada con su abogado, y siendo arbitraria cualquier injerencia de los padres.

Famá también expresa que la independencia del abogado del niño respecto de los intereses de los padres solo es posible si los abogados son escogidos de un listado de profesionales designados por el Estado a tales efectos.²¹

Así, por ejemplo, se encuentra reglamentado en la provincia de Buenos Aires, a través de la ley 14568, en su artículo 2 que establece:

“Créase un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificado por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia.

La asistencia jurídica y defensa técnica será provista a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos y en el principio del interés superior del niño.”

¹⁹ BEDROSSIAN, G. “Abogado del niño: reflexiones en torno al cuándo, al quién y al cómo”. En *Derecho de Familia*. Número 3. 2011. Página 6.

²⁰ MIZRAHI. Op. cit. Página 194.

²¹ FAMÁ, M. Op. cit. Página 21.

Al respecto, existe el debate acerca de qué profesionales estarían en condiciones de ejercer el patrocinio de un niño en un proceso, la ley nacional 26061 refiere al abogado del niño como un profesional especializado en niñez y adolescencia.

Beloff sostiene que los abogados intervinientes, además de la solvencia en la rama del derecho de la que trate el caso, deberían de tener experiencia en procesos que involucren niños y niñas, y considera que no existe una especialidad jurídica en niñez y adolescencia, por lo menos no con la extensión pretendida por quienes defienden la autonomía de ese derecho.²²

Así también, Kielmanovich reconoce las dudas en torno a la existencia real de un número importante de especialistas en la materia, las condiciones a las que se sujetaría su contratación y las posibilidades reales de que el Estado pueda designar letrados para que patrocinen en caso de que el niño carezca de recursos económicos.²³

5. La intervención del niño como parte procesal. Un sector de la doctrina entiende que la intervención del abogado del niño significa reconocerle el carácter de parte en el proceso judicial. Siempre que el niño intervenga en un proceso judicial, se lo debe considerar como parte procesal, por lo que el abogado podrá aportar pruebas y controlar la de la parte contraria, además de recurrir cualquier decisión contraria a su interés, como una forma de efectivizar la participación activa del niño en el proceso. Sin embargo, no ha sido la postura adoptada en algunos juzgados, a modo de ejemplo Rodríguez menciona un antecedente en el que se admitió la presentación de tres niños con patrocinio letrado, pero que en el momento de llevarse a cabo la citación a la audiencia a las partes restantes del proceso (progenitores, defensor de menores) para decidir sobre la cuestión sobre la que versaba el asunto, no se citó a los niños²⁴. Posteriormente, por un reclamo realizado por los abogados de los niños, se revisó la decisión y en las posteriores audiencias sí se citó a los niños.²⁵

²²BELOFF, M. "Tomarse en serio a la infancia, sus derechos y al Derecho". En *Derecho de Familia (Lexis Nexis)*. Número 33. 2006.

²³KIELMANOVICH, J. "Reflexiones procesales sobre la ley 26061, de Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes". *La Ley*. 2005. Páginas 5-6.

²⁴RODRÍGUEZ. *Op cit*. Página 7.

²⁵"A L" sobre control de legalidad, en trámite ante el Juzgado Nacional Civil de Primera Instancia con competencia en Familia Número 8.

Este derecho a constituirse como parte procesal, a diferencia del derecho a ser oído que siempre podrá efectivizarse cuando el niño lo solicite, se llevará a cabo de acuerdo con el grado de desarrollo y madurez del niño, por ello es que al respecto entran en juego las disposiciones del Código Civil y Comercial. A diferencia de lo que ocurría en el Código Civil que adoptaba un criterio cronológico que tenía como punto de quiebre los 14 años, el CCC – pese a su cuestionable redacción²⁶ – se enmarca en el paradigma de la autonomía progresiva, así Famá sostiene que la participación activa en el proceso como la constitución de parte se ejercen al adquirirse cierto grado de madurez y desarrollo, los que prudentemente serán evaluados por quien deba intervenir en dicha contienda.²⁷

Tenemos que mencionar la opinión de la Corte Interamericana de DDHH, que se ha referido a la cuestión diciendo que:

“...debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior... En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva N° 17, Párrafos 101-102).”

De igual forma, en el caso “Furlán y Familiares vs. Argentina”, la CIDH estableció que debido a la condición especial en la que se encuentran los menores de edad, se deben adoptar las medidas necesarias y específicas con el objeto de que éstos puedan ejercer los derechos y garantías administrativas y procesales.

²⁶ Puesto que el artículo 26 establece: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (...)”. En este caso, pese a que el Código se encuentra embebido por los principios de la Convención de los Derechos del Niño en el marco de la constitucionalización del derecho privado, y de la mano del principio de autonomía progresiva, establece como regla que los derechos de la persona menor de edad son ejercidos a través de sus representantes legales, y como excepción que aquella que cuenta con edad y madurez suficientes podrá ejercerlos por sí. La regla debería de ser la excepción, y viceversa.

²⁷FAMÁ. Op. cit. Página 20.

Observamos cómo la doctrina ha intentado delimitar los aspectos más relevantes en cuanto a esta reciente y polémica figura, pero lo cierto es que las distintas posiciones que se manifiestan y el poco desarrollo respecto de algunas cuestiones, por ejemplo, la formación que debe tener el que quiera actuar como abogado del niño, o el pago de sus honorarios, nos demuestra la clara necesidad de una normativa específica sea a nivel nacional o provincial que llene todos estos espacios en blanco, así como ocurre con la provincia de Buenos Aires en donde la figura se encuentra regulada por la ley 14568 que reconoce el rol del abogado del niño y crea un Registro Provincial en el ámbito del Colegio de Abogados. Así mismo determina que el pago de los honorarios estará a cargo de la provincia.

Capítulo 2

Los vaivenes de la jurisprudencia y la legislación

Habiendo explorado los aspectos generales y doctrinarios de la figura del abogado del niño, cabe preguntarnos qué han dicho los tribunales al respecto. Las claras contradicciones evidenciadas en la norma interna e internacional han suscitado conflictos que llegaron a la CSJN a fines de determinar el alcance de las disposiciones.

1. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional. Primero hay que partir del fallo de la Corte Suprema de la Nación, “G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”, del 26 de octubre de 2010. En cuanto a los hechos, la actora, madre de dos niñas de diez y catorce años presentó una incidencia de supresión y cesación del régimen de visitas vigente a favor del padre de las niñas, y en forma subsidiaria, solicitó -que con carácter de medida cautelar- se suspendan los encuentros. El juez de grado hizo lugar a la suspensión a los efectos de preservar la integridad física de las niñas²⁸. En segunda instancia, el demandado presentó un recurso de apelación, el que fue admitido por la Cámara Civil y Comercial de 1º Nominación de Santiago del Estero que revocó la sentencia, disponiendo que hasta tanto se sustancie y resuelva el incidente articulado debería cumplirse rigurosamente con el régimen de visitas estipulado. El Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la madre de las niñas y estableció un sistema de encuentros más acotado y asistido, con la presencia de la psicóloga del Juzgado actuante, hasta tanto se resolviese el incidente de supresión de visitas. Contra dicho pronunciamiento la actora interpone recurso extraordinario federal, el cual es concedido por la CSJN.

Es menester que mencionemos los argumentos del Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien realizó el pedido de otorgamiento del abogado del niño a las niñas, que en principio hizo referencia al voto del Dr. Juan Carlos Maqueda (en el Expte. Letra: A, N° 418, Año: 2005, REX, caratulado: “A., F. s/ protección de persona”, sta. del 13 de marzo de 2007), cuando dice que “...todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no

²⁸ Se trataba de un caso de presunto abuso sexual.

debiendo ello ser desplazado (...). De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño.”, porque de manera contraria no se estaría preservando la integridad de las niñas y su adecuado desarrollo. Afirmó que en el incidente no se dio participación alguna a las niñas a quienes no se les respetó el derecho a opinar y ser escuchadas. Y estableció que para alcanzar una solución que contemplara los intereses de las niñas, los magistrados de las instancias anteriores tendrían que haber adoptado medidas como oír a las menores, y conocer cuáles eran sus necesidades, y estimó prudente que era necesario designarle a las niñas un letrado especializado en la materia para que las patrocinara, a fines de garantizar su participación en el proceso.

Esta postura fue receptada por la Corte, la que en efecto sostuvo que:

“...a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine” .

En este caso, la Corte adoptó un criterio amplio y no distinguió entre menores adultos y menores impúberes para acceder a un abogado en el proceso judicial²⁹.

Posteriormente, en el año 2012, la Corte nuevamente se expidió en la temática pero esta vez con un resultado contradictorio al antecedente, nos referimos al caso “M., G. c/ P., C. A.” En cuanto a los hechos, en el marco de un juicio de tenencia entablado por los padres de la niña “M.S.M.” de once años, ésta se presenta ante el juzgado en que se tramitaba la causa, a fines de ser tenida como parte por derecho propio y con el patrocinio de su abogado de confianza. La petición fue rechazada en primera instancia basándose en la falta de capacidad de la niña, considerada menor impúber de acuerdo con el Código Civil. En la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se confirmó el rechazo de la solicitud, así en el Dictamen de la Procuración se menciona que:

²⁹SOLARI, N. “Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño”. En *La Ley*. Número 10. 2010. Página 3.

“Dicha magistrada [se refiere a la Defensora de Menores]... entendió que, por debajo de los catorce años, corresponde -de ser pertinente- la designación de tutor ad litem. No puede soslayarse, dijo, que de acuerdo con las normas de fondo vigentes (...), el menor sigue careciendo de capacidad para obrar y por ello se encuentra sujeto a una representación compleja (necesaria y promiscua) como forma -no prescindible- de proteger sus intereses. Arguyó que la ley 26.061 debe interpretarse en el conjunto del ordenamiento, que cuenta con un régimen de capacidad o representación legal no derogado...” (Procuración General de la Nación, “M., G. c/P., C. A.”, 2009).

La niña dedujo recurso extraordinario, el que también fue denegado, y luego de haber sido notificada, no antepuso el recurso de queja; por lo que fue la Defensora ante la Cámara Civil quien presentó el recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, la Corte adhirió al dictamen de la Procuradora Fiscal y confirmó la sentencia apelada, rechazándose la presentación de la niña como parte en el proceso y con la representación de su abogado patrocinante.

Respecto de los fundamentos de este fallo la Corte expuso que:

“Las prescripciones de la ley 26.061 deber ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En ese sentido, las disposiciones del Código Civil sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (...) como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte” (CSJN, M., G. c/P., C. A., 2012).

Tenemos que mencionar que en el momento del dictado del fallo, aun se encontraba vigente el Código Civil, el cual establecía la categoría de menores impúberes para los menores de 14 años a quienes consideraba incapaces absolutos, sin embargo, el fallo de

la Corte hizo inaplicable el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño³⁰, el que establece que:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Además de no aplicar el antes mencionado artículo 27 inciso c) de la ley 26061, que reconoce el derecho del niño a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia. De esta forma se fue en contra de los estándares internacionales en la materia, ya que la CDN consagra el paradigma de la autonomía progresiva de acuerdo con el grado de madurez y desarrollo del niño, de modo contrario al viejo sistema de tutela del niño incapaz, bajo el fundamento de la aplicación armónica de las normas, así se expidieron:

“...una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (...). Y comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (...). En virtud de la interpretación propuesta, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia” (CSJN, M., G. c/P., C. A, 2012. Voto de Lorenzetti y Maqueda).

³⁰ En adelante CDN. Violando la obligación internacional asumida al suscribir la convención internacional puesto que adopta un criterio cronológico de capacidad y no la capacidad progresiva de acuerdo a la madurez y desarrollo.

En este fallo la Corte pareciera confundir los roles del abogado del niño y el asesor de menores, cuando menciona:

“La circunstancia de que no resulte menester, en el sub examine, que la menor intervenga en las actuaciones en carácter de parte dadas las particularidades que presenta el caso, no resulta óbice para que pueda ejercer su derecho a ser asistida por un letrado que represente sus intereses en los términos de los arts. 12, inc. 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño; 27, inc. c), de la ley 26.061 y 27 de la reglamentación aprobada por el decreto 415/2006”. (CSJN, “M., G. c/ P., C. A.”, 2012. Voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda).

Si bien el art. 27 inciso c) refiere a asistencia letrada, el decreto reglamentario 415/2006 sostiene que dicha asistencia incluye a la designación del abogado del niño, y la doctrina es pacífica al respecto, por lo que no se entiende de qué forma la niña ejerció su derecho a ser oída y participar activamente en el proceso a través de un abogado que defendiera su postura e intereses personales.

A partir de estos fallos, debemos repreguntarnos sobre quién elige al abogado del niño puesto que ni la ley 26061 ni el decreto reglamentario lo establecen. En principio si partimos del concepto de niño como sujeto de derecho con autonomía progresiva, éste podría designarlo por sí mismo, coincidimos con Famá que sostiene que el niño debe de elegir su abogado de un listado de profesionales otorgado por el Estado a tal efecto, como una forma de asegurar la independencia del abogado del niño³¹. En este sentido, tenemos que mencionar un fallo de la ciudad de Rosario, por el que se rechazó la incorporación del abogado del niño por no contarse en la ciudad con un listado de profesionales especializados en niñez, y se ofició al Colegio de Abogados para que confeccione una nómina de profesionales en la materia y realice un sorteo para la designación de un abogado.³²

Por otra parte, hay quienes entienden que la designación del abogado del niño debe hacerse a pedido de parte o incluso de oficio por parte del juez, dado que los derechos

³¹FAMÁ. Op. cit. Página 20.

³²ORTIZ, C. “Abogado del niño, una figura legal que todavía no es viable”. En *El ciudadano y la región*. 2012. Disponible en:
<https://www.elciudadanoweb.com/abogado-del-nino-una-figura-legal-que-todavia-no-es-viable/>
Consultada el 21/08/2017.

reconocidos en la ley 26061 son de orden público como lo establece el art. 2 de la misma.

En este sentido, en el fallo “M., G. c/ P., C. A”, la Corte Suprema dijo que las circunstancias fácticas y jurídicas eran diferentes sustancialmente respecto del precedente “G., M. S. c/ J. V., L”, puesto que en este último no habían sido las niñas involucradas las que se habían presentado con un letrado patrocinante elegido por ellas sino que había sido el Tribunal quien hizo lugar a la medida sugerida por el Defensor Oficial para que se designara un abogado especializado en la materia.

Observamos como en este fallo se jerarquiza la palabra del juez por sobre la palabra de la niña, es decir, que la figura del abogado del niño sería procedente si así lo dispone el juzgador, no así si proviniera de una presentación espontánea del niño. Incluso podemos observar como en el primer fallo, pese a que una de las niñas tenía 10 años, siendo incapaz absoluta según la terminología del Código Civil derogado, se le otorga el abogado, mientras que en el segundo fallo es la edad lo que se aduce como fundamento para rechazarlo. Es decir, siempre que el abogado sea designado por el juez, independientemente de los intereses personales y la autonomía progresiva del niño, será admisible en el proceso³³.

Cabe que mencionemos un último fallo de la CSJN, “P.,G.M. y P.,C.L. s/protección”, el caso se origina cuando la madre de los dos menores de edad solicita en el año 2004 la intervención del juez debido a la situación de desamparo en la que se encontraba junto a sus dos hijos. Los niños fueron ingresados en hogares hasta el año 2006 en que fueron reintegrados con su familia debido a que habían logrado mejorar su situación económica, habitacional y vincular. En septiembre de 2007 se toma una medida excepcional y nuevamente los niños ingresan en un hogar de niños. En el año 2012, los niños de 8 y 9 años se presentan con patrocinio letrado ante el tribunal a fin de manifestar su deseo de poder reintegrarse a su grupo familiar y que se tramite la inclusión de dicho grupo en un subsidio habitacional. La Corte Suprema al igual que las instancias anteriores, rechazó la presentación por entender que los dos niños eran incapaces absolutos y la designación de una dirección letrada por parte de los menores constituiría un acto nulo, de nulidad absoluta. Sin embargo, la Corte entendió que los niños no habían sido oídos en el proceso, por lo que resolvieron que “corresponde

³³LEONARDI. Op. cit. Página 110.

solicitar al Juez que les designe un letrado especializado en la materia a fin de garantizar que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos”.

Otro caso en el que podemos observar como la voz del niño no es considerada válida, mas se concede el patrocinio letrado, toda vez que la elección corresponde al juzgador.

Capítulo 3

El abogado del niño en la ciudad de Rosario

1. La práctica rosarina. La primera designación de un abogado del niño en la ciudad de Rosario fue en el año 2008 a través de los fallos plenarios ordenatorios en materia de niñez “Bravo 1 y 2”. En este caso el juez sugirió que se les designe abogado del niño a tres hermanos, respecto de quienes se decidía una medida excepcional adoptada por la Dirección de Niñez, y posteriormente la declaración de la situación de adoptabilidad.

Fue a partir de este, que en todos los casos de niñez con situación de adoptabilidad se ha designado un abogado del niño. No obstante, esta no ha sido la única hipótesis habilitante de esta figura, en la práctica ya existía la actuación del abogado del niño, pero bajo la figura del tutor especial, para aquellos casos en que existían intereses contrapuestos con los padres. En definitiva, la diferencia entre tutor especial y abogado del niño radica en la edad del niño, si éste cuenta con la madurez suficiente para darle instrucciones a su patrocinante, se tratará de un abogado del niño neto, y éste no podrá apartarse de dichas instrucciones independientemente de la opinión que le merezcan, de manera contraria a la labor del defensor general que llevará adelante una postura sobre lo que es bueno para el niño en base a su interés superior y según su entender.

En referencia a los intereses contrapuestos, se ha tratado de situaciones extraordinarias. Los representantes de los hijos son los padres, de manera contraria habría que designar un abogado del niño en cualquier tipo de caso, v.gr. un acuerdo alimentario, lo cual podría entorpecer y encarecer el proceso. Además, de existir buena voluntad entre las partes y habiéndose escuchado al niño, se ha podido llegar a un acuerdo sin necesidad de la designación de un abogado del niño.

La ley 12967 en su decreto reglamentario, establece en su artículo 25:

“GARANTÍAS MÍNIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS

Inc. e) A los fines de dar cumplimiento a lo establecido y garantizar servicios jurídicos gratuitos, la autoridad de aplicación deberá confeccionar una lista de abogados de oficio integradas preferentemente por letrados especializados en

niñez y adolescencia. La misma podrá estar integrada por abogados que integren la planta de personal permanente o no permanente del Estado Provincial, Municipal o Comunal y/o de profesionales aportados por organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades, en caso de inexistencia o insuficiencia de personal estatal especializado para conformar la misma, en virtud de la suscripción de convenios con este fin.”

Si bien este listado nunca se llevó a cabo, al intervenir la Dirección de Niñez en la mayoría de los casos, hay quienes consideran que podría resultar contrario a la ética que sea una de las partes intervinientes quien ofrezca el mencionado listado. De manera tal que en la práctica rosarina, se implementó la aplicación de la ley con la colaboración del Colegio de Abogados, quienes en forma breve proveyeron del listado de profesionales, de los cuales son asignados mediante sorteo.

En la mayoría de los casos, la designación fue judicial, no obstante, en algunos de ellos el niño se presentó con su propio abogado, y allí ha sido la labor de los jueces de familia la de entrevistar al niño para determinar cómo accedió a ese abogado, para poder comprobar que no existía ningún tipo de influencia por parte de los padres.

Respecto de la calidad requerida para actuar como abogado del niño, a los postulantes se les ha exigido que como mínimo reúnan idoneidad y experiencia en materia de niñez, lo que en la práctica no siempre se ha podido conseguir, puesto que en algunos casos reunían un conocimiento en materia de familia pero no de niñez, dos ramas diferentes.

Otra de las cuestiones relevantes refiere al pago de los honorarios del abogado del niño, puesto que la ley no lo prevé. En la práctica se ha resuelto de dos maneras, dependiendo de si existe la capacidad de afrontar el costo, en cuyo caso el perdedor es condenado en costas, pero en el caso contrario, se recurre a un abogado del Consultorio Jurídico (gratuito) como una forma artesanal de subsanar el problema, situación que habla de la necesidad del dictado de una legislación específica al respecto.

En cuanto a la cantidad de casos de abogado del niño, se han dado desde la implementación de la figura, alrededor de 90 casos, un número que resulta casi nulo si se lo compara con la cantidad de expedientes que ingresan a los tribunales colegiados de familia, por eso es que puede afirmarse que el número de designaciones permanece estable, no ha sufrido variaciones.

Conclusión

A partir de la Convención de los Derechos del Niño nuestro ordenamiento interno comenzó a adaptarse a los pilares del nuevo paradigma, reconociéndosele derechos y facultades a los niños que en el siglo pasado serían impensados, esto ha significado un avance muy importante en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

A nivel nacional, observamos cómo se intentó desde la legislación reflejar esta nueva postura constituyendo un hito importante, un gran cambio en la forma en que se concibe a los niños, pero al mismo tiempo dejando importantes lagunas que la doctrina y la jurisprudencia han intentado llenar con resultados contradictorios, así es que la figura del abogado del niño se ha estado desarrollando entre controversias. Tanto en aquello que la ley dice explícitamente como lo que omite, vemos en las interpretaciones de los autores y de los jueces una gran porción reacia a abandonar las posiciones paternalistas, es allí donde creemos debe trabajarse y respetarse la CDN, puesto que Argentina ha asumido un compromiso de derecho internacional público al suscribirla, y puesto que es el Estado quien debe garantizar la seguridad jurídica.

Existe también una confusión entre el rol que debe ejercer el abogado del niño respecto de otras figuras desarrolladas en este trabajo, esto nos permite concluir la necesidad de una normativa específica sobre esta figura en la que se despeje toda duda sobre sus funciones y facultades, y así mismo la necesidad de capacitación de los profesionales para entender y poder ejercer la misma.

Sobre la relevancia y efectividad del abogado del niño, creemos que la práctica ha demostrado que bien ejercida y aplicada la figura, se constituye como una herramienta para garantizar derechos de los niños, de manera tal que, cuando se reúnan ciertas circunstancias excepcionales en las que se pongan en juego derechos de los niños, consideramos que la intervención de dicho abogado será positiva.

Bibliografía

ACOSTA, K. (2008): “Cuando un niño necesita un abogado”. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080039-elena_acosta-cuando_un_nino_necesita.htm

BASSO, S. (2007): “El Abogado del Niño” y la Ley 26.061 de protección integral de derechos de Niños, Niñas y adolescentes. Un análisis preliminar”. Ponencia presentada en IV Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI. Abogacía y Magistratura en los procesos de cambio social - Buenos Aires, 19, 20 y 21 de abril de 2007- Facultad de Derecho - Univ. de Buenos Aires. Ver: <http://www.aaba.org.ar/bi23n031.htm>

BEDROSSIAN, G (2011): “Abogado del niño: reflexiones en torno al cuándo, quién y cómo”. En: DERECHO DE FAMILIA. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia / Número: 2011 2011-III (Jun.)

BELOFF, M. (2006): “Tomarse en serio a la infancia, sus derechos y al Derecho”. Sobre la “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes 26061”. Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 33 Lexis Nexis.

BIGLIARDI, K. (2015): “El abogado del niño”. Disponible en: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/12/doctrina-el-abogado-del-nino-autor-karina-bigliardi/>

FAMÁ, M. (2009): “Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia”. Jurisprudencia Argentina.

KIELMANOVICH, J. (2005): “Reflexiones procesales sobre la ley 26061, de Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”. La Ley. 2005-F-987.

LEONARDI, C. (2012): “El abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo ‘M., G. c/ P., C. A.’”. En: Cuestión de derechos n° 3.

MIZRAHI, M. (2008): “Intervención del niño en el proceso y su derecho a contar con un abogado que lo asista”, en: Emilio García Méndez (comp.) Protección Integral de

Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: Análisis de la ley 26.061. Buenos Aires: Editores del Puerto.

MIZRAHI, M. (2011): “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño”. En: La Ley. 2011-E. 1194.

PEREZ MANRIQUE, R. (2006): “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”. Justicia y Derechos del Niño. Número 8. UNICEF. Disponible en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf>

ROBERTS, J. (2010): “El abogado del niño: el defensor de menores”, en Cuaderno Jurídico Familia. Número 9. El Derecho.

RODRÍGUEZ, L. (2011): “Infancia y derechos del patronato al abogado del niño: experiencia de la clínica jurídica de la Fundación Sur”. Buenos Aires. EUDEBA.

SOLARI, N. (2009): “La elección del abogado del niño”. En: La Ley. (18-05-2009 p. 409)

SOLARI, N. (2010): “Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño”. La Ley 01/12/2010.

Anexo

Entrevista

Entrevista a Marcelo Molina (Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala III. Distrito Judicial N° 2 – Rosario)

Entrevista a Marcelo Molina

- La primer designación de abogado del niño en Rosario fue en 2008/9 aprox, hay plenos ordenatorios en materia de niñez “Pleno Bravo 1 y 2”. Se designa abogado del niño a tres hermanitos que estaban en proceso de... primero una medida excepcional adoptada por la Dirección de Niñez y finalmente en la declaración de la situación de adoptabilidad. En ese marco, se designa abogado del niño que resultó ser la Dra. Silvina García (ahora jueza de Familia 3), luego al asumir como jueza la reemplaza María José Diana (jueza de Familia 3), a partir de eso en todos los casos de niñez con situación de adoptabilidad se designa abogado del niño. Se han designado abogados del niño en casos peculiares, si hay caso de intereses contrapuestos con los padres eso ya estaba resuelto por la legislación antes, no se le decía abogado del niño, por ejemplo en los casos de impugnación de la paternidad matrimonial, donde la demanda va dirigida contra el hijo y contra la esposa, evidentemente la madre no puede representar al hijo, ese era un caso típico de tutor especial (ahora conocido como abogado del niño). Nosotros hemos designado mucho abogado del niño en situaciones en donde, papá y mamá se están “peleando” dentro de un expediente, en donde en verdad ninguno de los dos lo está representando a los chicos. ¿Cómo lo hemos hecho? La ley prevé el abogado del niño (...), la 12967 en su decreto reglamentario establece que la Dirección de Niñez tiene que tener un listado cosa que no se hizo nunca y que en verdad tampoco sería tan conveniente que sea el único listado porque muchos de los casos de abogado del niño son aquellos en los que la DdN ya está interviniendo, y esa lista por más que sea muy honorable y realizada de muy buena fe, puede dar lugar a suspicacias, cómo puede ser que la misma Dirección provincial que interviene como parte en un expediente sea la misma que la ofrece (a la lista). Evidentemente la lista tiene que estar en otro lado, hay varios proyectos de ley dando vueltas, nosotros implementamos la ley con la

colaboración del Colegio de Abogados, le hemos pedido un listado, y el CA con todas sus integraciones distintas no ha proveído de una lista, se hace un sorteo y se designa.

-¿En ese sentido tienen que tener una formación especial?

Desde el Colegio se exige que al menos tengan idoneidad en el tema de niñez, vos sabes muy bien que la carrera de abogacía, no está pautado como incumbencias profesionales, vos no tenés un título que te habilita para ser abogado penalista por ejemplo, no sería exigible. En general lo que hace el CA, por sugerencia nuestra, busca gente del Consultorio Jurídico gratuito para evitar cualquier conflicto que pueda surgir con el tema del pago, porque una gran parte de los casos son de personas que no pueden pagar el abogado del niño y en los casos en que sí lo pueden hacer, lo que se hace es condenarlos en costas. (-¿y *el Estado?*) En realidad no hay nada legislado, tendría que haber una ley de abogado del niño que solucione este tipo de problemas, pero pese a la falta de dicha ley no nos ha impedido aplicar la figura, con una gran colaboración del Colegio de Abogados, y una gran predisposición de los abogados para poder dar respuesta a esto. También es cierto que vos no tenés en todos los casos que entran en el fuero de familia un abogado del niño, solo es en algunos casos excepcionales, hubo hasta el momento alrededor de 90 designaciones de AdN, que si bien parece mucho, y se reiteran los abogados porque no cualquiera quiere asumir este compromiso, si lo comparás con la cantidad de expedientes que ingresan a los tribunales de familia, es prácticamente nada. La designación nosotros preferimos que sea judicial, por sorteo, lo que no quiere decir que el chico no comparezca al expediente con su propio abogado, la pauta que los jueces de familia hemos seguido es entrevistar a ese chico, para entender cómo es que llegó a ese abogado, porque abogado del niño no es sinónimo de una parte más del proceso que apoya a la madre o que apoya al padre, es abogado *del niño*, y hay veces que nos hemos encontrado que designan como abogado al socio del abogado de la madre, así no funciona, no es alguien que viene a coadyuvar por alguna de las partes, porque tiene que defender los intereses de su patrocinado. La diferencia entre tutor especial y abogado del niño es esencialmente la edad, es un solo concepto, si el chico tiene capacidad suficiente para darle instrucciones a su patrocinante, ese es abogado del niño neto, puro, y el AdN tiene que seguir esas instrucciones por más que le parezcan mal, para saber lo que está bien, está el Defensor General que es la representación complementaria... el otro día tomábamos entrevistas para Defensores Generales, que aquí tienen una doble función o actúa como representante complementario o actúa como

abogado, en este caso abogado del niño, yo le planteaba esto, yo tengo un chico de 16 años que tiene un accidente grave, está consciente, y viene el Director del hospital y dice “hay que hacer una transfusión de sangre porque corre riesgo la vida” y el pibe dice que no porque es testigo de Jehová, la pregunta era “si vos sos designado abogado del niño, ¿qué tenés que hacer?” y muchos patinaban un poco, porque involucraban el derecho a la vida y a la salud, pero no, si vos sos AdN tenés que ir al juez y decirle no lo toque, te guste o no, para lo contrario, ya está el Defensor General que es representante complementario y para decidir está el juez. Cuando el niño es muy pequeñito, y no puede dar instrucciones, o porque tiene una problemática de salud mental, ese chico también tiene que tener un AdN que se va a llamar tutor especial, esto no es muy dogmático, pero es clarito y funciona. Vamos a tus preguntas.

_ ¿Le parece que va en aumento el uso de la figura?

No, no me parece que vaya en aumento, depende del caso, puede ser que surjan casos en que no hay necesidad de designar un AdN o quizá haya necesidad de designar un montón de abogados del niño.

_ ¿Fue una situación ordinaria o extraordinaria, entendiendo si en cualquier caso podría designarse un AdN?

No, es extraordinario. En esto hay posiciones doctrinarias en contra, posiciones más genéricas, a mi juicio es una figura... primero los representantes de los hijos son los padres, porque sino yo tendría que poner abogado del niño en todo acuerdo alimentario, por ejemplo y lo único que lograría sería entorpecer y encarecer el proceso. Desde un punto de vista muy pragmático, no tiene ningún sentido, muchas veces la interpretación de la ley y de las convenciones especialmente se hace desde un progresismo paralizante, si yo le otorgo abogado del niño a todo el mundo no podemos trabajar, esa es la realidad, y la verdad es que en el fondo no hace falta, si yo tengo un niño pequeño o 3 o 4 hermanos donde la mamá y el papá se ponen de acuerdo de que la cuota alimentaria es del 40 %, es razonable, no hace falta poner AdN, porque por otra parte sería bastante injusto porque le pondríamos AdN tan solo a los niños judicializados, nosotros tenemos que partir de una base, en la sociedad, la mayor parte de la gente que se separa, llega a acuerdos que funcionan sin necesidad de llegar al poder judicial porque si todos vinieran al poder judicial esto sí sería algo colapsado, es como lo que pasa con los contratos, ¿cuál es el contrato que se hace todos los días y más frecuentemente? El de

colectivo, vos cuando subís y pagás – esto es un extremo – estarías haciendo un contrato y si todos esos contratos se judicializarían no alcanzarían los juzgados, y esto es mas o menos lo mismo, si todas las familias judicializarían sus problemas, no alcanzaría, entonces tendríamos una diferencia entre niños judicializados y no judicializados, ¿a todos los judicializados les ponemos un abogado del niño? No, claramente no cierra eso.

– ¿ Quién sugirió que se designe un abogado del niño?

En el primer caso el juez.

– ¿Hubo que realizar algún trámite en particular?

No, fue tan solo requerir en ese momento la colaboración del CdA, en la primera oportunidad el Colegio se tomó alrededor de 15/ 30 días para estudiar de qué se trataba, porque esto fue al inicio de la puesta en vigencia de la ley, y uno no tiene por qué pretender que todos los abogados y los directivos en los últimos tiempos, excepto Araceli Diaz, no venían del fuero de familia, bueno se tomaron un tiempo realmente breve para estudiar de qué se trataba, los alcances de la figura y rápidamente dieron respuesta, y resultó un mecanismo bastante aceitado, se envió un oficio al Coledio de Abogados, éstos enviaron la terna, con 3,4 o 5 personas para que podamos hacer un sorteo.

– ¿Cuál fue el rol del abogado del niño, y en diferenciación con Defensor y tutor?

Bien, eso es lo que te comentaba antes.

– ¿Fue eficiente la intervención del AdN?

En algunos sí, y en otros no, en algunos hay gente que no entiende de que se trata el tema, el nivel de formación en materia de niñez, está lejos de ser satisfactorio, hay mucha gente que sabe de familia y no de niñez, y son dos cosas distintas, en algunos casos por el nivel de compromiso es altamente satisfactorio y en otros, hay una mezcla entre no entender cuál es el compromiso que se asume y el no entender de que se trata la materia pero es algo que se da en todos los órdenes.

– ¿Ha tenido casos en que el AdN quiera apartarse de la postura del niño?

Hay muchos que vienen a hacer catarsis, y yo en este momento no recuerdo a nadie que no haya seguido las instrucciones de su patrocinado. Por ahí hay veces que la gente

viene, se sienta un rato y dice “mirá tengo que sostener esto”. Pero bueno, así es la figura.

—¿ Quién lo eligió?

Yo soy partidario de que lo elija el juez, lo que no quita, hemos tenido el caso de un pibe que compareció con su abogada, primero la rechazamos, es una facultad que el juez tiene que tener, la rechazamos porque era del estudio jurídico al que pertenecía el abogado de una de las partes. Después vino con otra abogada, y luego de entrevistarlos a ambos, funcionó bastante bien a punto tal que había algunas posiciones dentro del expediente donde se podía diferenciar la pretensión del chico de la de los adultos responsables. Una vez que la figura se entiende, funciona, yo lo que hacía era entrevistar al abogado del niño y dejarle bien en claro cuál era su rol, un abogado que no sigue instrucciones del juez, no es un perito, no es un delegado del juez, la primera reunión era para decirle “usted no tiene que venir acá mas que en las audiencias, teniendo en cuenta que es abogado de una parte, no un delegado, no un tipo que va a hacer lo que el juez le dice que tiene que hacer” aclarado eso, y entendida la figura, funciona.

—¿Tenían una formación especial?

Deberían tener una mejor formación.

—¿ A cargo de quién estuvieron los honorarios?

Los honorarios son siempre a cargo del que pierde, o del condenado en costas, lo que sucede es que hay una porción de personas que no pueden pagar el AdN, y ahí donde está el bache, lo hemos solucionado de una forma muy artesanal, a través de abogado que vengan del consultorio jurídico gratuito, que lo harían de forma gratuita, pero no es la solución porque por otra parte el abogado que trabaja tiene que cobrar por su trabajo, lo podemos solucionar de la forma que lo hemos hecho hasta ahora, pero si la figura tuviera un mayor impacto, habría que buscarle otra vuelta, porque está cumpliendo un rol establecido en la ley.

—¿Qué opinión le merece a Ud. la figura?

Mi opinión es altamente positiva, es una figura que bien utilizada y en los casos en que corresponde, porque tampoco se trata de generar conflictos entre padres e hijos, no pasa

por ahí la cosa, bien utilizada creo que es una figura que destraba, que muchas veces ayuda a los padres a entender también cuál es la problemática que los está enfrentando y diferenciar al hijo, sacar al hijo de ese lugar de botín de guerra, si yo le pongo un abogado al chico... la irrupción de esta figura permite a los padres, hay veces, contadas con los dedos, al introducir la idea que va a ordenar un abogado para el hijo, a veces ha tenido efectos ordenatorios con el solo hecho de mencionar la posibilidad de poner un abogado del niño, se ha llegado a algún acuerdo al darse cuenta que hay que separar la figura del hijo de la de uno, si el hijo forma parte del proceso y viene con un abogado, los padres, algunos la van a pensar distinto.

«La incidencia de las organizaciones de la sociedad civil sobre la plena eficacia de los Derechos Humanos. Un estudio cualitativo en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe»

Alumno: Esteban Julián Ortega

Director: Dr. Julio César Llanán Nogueira

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se halla motivado en la situación problemática dada por la escasa producción científica en torno a la relación existente entre la efectividad en el acceso, uso y goce de los Derechos Humanos y el accionar de las organizaciones de la sociedad civil como actores cívico-políticos de la comunidad.

La normativa en materia de Derechos Humanos es vasta; podemos encontrarla en nuestra propia Constitución Nacional y en numerosos instrumentos de la comunidad internacional. Sin embargo, si se la analiza desde el punto de vista de la eficacia, llegaremos a la conclusión lógica de que su aplicación y, con ella, la efectividad de los derechos, es polémica, sobre todo si se entiende a la norma como un proyecto, como un “deber ser”.

Por su parte, las organizaciones de la sociedad civil se configuran como un conjunto institucional cuyos objetivos primordiales tienen carácter social y no lucrativo. Se componen de personas que se agrupan por compartir necesidades y fines comunes y, en su labor diaria, bregan por la visibilización y satisfacción de dichas necesidades.

Este trabajo tiene como objetivo verificar las formas de incidencia que las organizaciones de la sociedad civil producen sobre la eficacia de la normativa de Derechos Humanos y sobre la plena efectividad en el acceso, uso y goce de los mismos. Para ello, hemos realizado un estudio cualitativo sobre la situación de dichas organizaciones en la ciudad de Rosario, basado principalmente en entrevistas personales y observación participante.

En primer lugar, nuestra exposición gira en torno a las distintas nociones y paradigmas existentes en materia de Derechos Humanos. Nos posicionamos desde una perspectiva crítica situada en el marco de la realidad latinoamericana para analizar sucintamente el derecho positivo vigente relacionado a la materia, sus principios rectores emanados de la ley, jurisprudencia y doctrina, y lo que consideramos como “el problema de la eficacia/efectividad”.

En segundo lugar, exponemos sobre las organizaciones de la sociedad civil, desarrollando la noción de “tercer sector” y determinando un concepto de “sociedad civil”, para luego identificar los tipos de organizaciones existentes, su regulación jurídica y las lagunas que detectamos en el ordenamiento respecto de su encuadre.

En tercer lugar, intentamos determinar los conceptos de “eficacia de la norma” y “efectividad de los derechos” y demostramos la incidencia que dichas organizaciones

producen sobre las mismas. Para ello, nos basamos en los datos recabados mediante el trabajo de campo realizado en diversas organizaciones de la sociedad civil que funcionan en la ciudad de Rosario.

Finalmente, desenvolvemos un capítulo de corte propositivo, en el cual indicamos medidas estatales concretas que consideramos idóneas para potenciar el acceso, uso y goce de derechos en relación a las organizaciones, esbozamos un esquema de arquitectura institucional capaz de conternerlas, basado en doctrina latinoamericana y en los aportes normativos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Como corolario, fijaremos un enlace proyectivo hacia una democracia que armonice la representación con la participación como modo de fortalecer los mecanismos de protección de Derechos Humanos.

Capítulo I

DERECHOS HUMANOS

Sumario: 1. Perspectivas en torno al concepto de Derechos Humanos 1.1. La perspectiva occidental o eurocéntrica. 1.2. La perspectiva latinoamericana (la nuestra). 2. Positivización del término: Sistemas de protección. 2.1 Principios interpretativos: interdependencia e indivisibilidad. 2.2 La obligación estatal. 2.3 Desarrollo progresivo y obligación de no regresividad. 2.4 El máximo de los recursos disponibles. 3.El problema de la eficacia/efectividad. Herramientas hermenéuticas.

1, Perspectivas en torno al concepto de Derechos Humanos: En el ámbito del saber jurídico académico, así como en la dinámica de construcción y aplicación del derecho en la vida en sociedad, el término “Derechos Humanos” es utilizado constantemente. Sin embargo, y a pesar de la vasta legislación, reglamentación y jurisprudencia al respecto, existen diversas acepciones y definiciones según la perspectiva en que se sitúe quien utiliza dicho término.

Ello es así debido a que no se ha acuñado un concepto unívoco de “Derechos Humanos”, a pesar de que la doctrina jurídica ha hecho su esfuerzo y, es por ello que, a continuación, expondremos dos perspectivas que consideramos fundamentales para, al menos, visualizar la diversidad que orbita alrededor del término en cuestión. La primera será la occidental o eurocéntrica, que ha sido influencia directa de nuestro texto constitucional y, por ende, de la configuración de nuestro ordenamiento jurídico-institucional. La segunda, y desde la cual pensamos y escribimos, es la perspectiva latinoamericana, la cual imprime una proyección crítica del concepto de Derechos Humanos y se basa en procesos acontecidos en la realidad del continente que habitamos.

1.1. La perspectiva occidental o eurocéntrica: Esta perspectiva, como acabamos de manifestar, proviene del entramado histórico del viejo continente y se sostiene, principalmente, en la concepción de que los Derechos Humanos tienen su origen histórico constitucional en el reconocimiento que se les da a los derechos individuales de la burguesía (como la libertad y la igualdad) frente a los regímenes monárquicos absolutistas.

Su eje central es la limitación del poder político y se halla aferrada a hitos declaratorios de derechos como la Carta Magna inglesa o la Revolución Francesa, momentos claves de la transición desde el estado de corte feudal hacia el Estado de Derecho liberal moderno (algunos autores incluyen la declaración de derechos estadounidense de 1776).

A su vez, esta perspectiva se caracteriza por señalar la existencia de generaciones cronológicamente sucesivas que han ido complementando a los mencionados derechos individuales. Los autores explican que, a partir del acaecimiento de nuevos procesos históricos, se han ido generado otro tipo de derechos: los económicos, sociales y culturales, que inauguraron la noción de Estado Social de Derecho. Este tipo de estado ya no se limita a abstenerse frente a la individualidad del ser humano (como lo hacía el Estado Liberal), sino que toma partido e interviene para sanear las desigualdades e inequidades, mediante el reconocimiento y regulación de derechos protectores del trabajo, la salud, la educación y el acceso a condiciones de vida digna en general. Los mismos devienen como complemento a la “primera generación” y son ubicados históricamente en torno a hitos relacionados a las luchas de movimientos obreros, tales como la Revolución Rusa de 1917 o la constitución de Weimar de 1919 (algunos autores incluyen la constitución mexicana de 1917).

Finalmente, desde esta perspectiva se señala una tercera generación de derechos, los cuales darían plenitud al concepto de Derechos Humanos, destacándose el derecho al desarrollo humano, a la autodeterminación de los pueblos, al medioambiente y a la paz, entre otros. Esta última generación, siempre según los autores, se corresponde históricamente con los tiempos posteriores a las guerras mundiales del siglo XX ¹.

Algunos doctrinarios anuncian la presencia de una cuarta generación, en la que se incluirían nuevos derechos consagrados y visualizados en este siglo XXI, relacionados a las nuevas tecnologías de comunicación y su acceso, uso y goce por parte de la ciudadanía.

Sobre esta concepción eurocéntrica de los Derechos Humanos, su cristalización como derecho positivo, su desenvolvimiento en la doctrina y su interpretación en la jurisprudencia nacional e internacional, volveremos *infra* al tratar los aspectos y disposiciones normativas formales de los sistemas de protección, así como los principios que rigen la materia. Sin embargo, consideramos menester adelantar, citando

1 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo”. Ediciones Madres de Plaza de Mayo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Pág 84.

al Dr. Zaffaroni, que aún en la manualística corriente la noción de generaciones de derechos está “pasada de moda” y que, en cambio, se ha acuñado tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia una noción conglobada de los Derechos Humanos, debiéndose entenderlos como interdependientes e indivisibles².

Consideramos que, por ahora, lo importante es destacar que esta perspectiva tiene su base situada en derechos emanados de procesos históricos, sociales y políticos acaecidos en el seno del continente europeo o que, en última instancia, los tienen como centro.

1.2. La perspectiva latinoamericana (la nuestra): Esta perspectiva, en cambio, proviene de nuestra realidad histórica. Sin negar los procesos europeos y su influencia en nuestro ordenamiento, esta perspectiva señala distintos momentos en los cuales se originan los Derechos Humanos a partir de, principalmente, las luchas por la independencia y la liberación de los pueblos hispanoamericanos/latinoamericanos respecto de las naciones colonizadoras.

La inversión que lleva a cabo esta perspectiva puede sintetizarse en que, al revés de los procesos europeos, los derechos que allí son de “tercera generación” podrían aquí pensarse como de primera ya que, frente a la realidad colonial, los pueblos latinoamericanos debieron pronunciarse y luchar en primer lugar por su autodeterminación, independencia y desarrollo, quedando los derechos individuales, así como los colectivos (económicos, sociales y culturales), subsumidos a la emancipación e independencia.³

Entre los hitos históricos que originan lo antes dicho, los autores individualizan las resistencias indígenas frente a la invasión española, los discursos críticos de la colonización desarrollados por teorizadores como Bartolomé de las Casas o Alonso De La Veracruz, y las luchas por la liberación nacional encarnadas por los próceres José de San Martín, Manuel Belgrano, Francisco de Miranda, Simón Bolívar, etc.⁴

Esta perspectiva es de carácter crítico, descolonial, no-eurocéntrico, situado y emancipador. Pretende, como se dijo más arriba, mediante un pensamiento situado y de tradición hispanoamericana, lograr coherencia histórica y epistemológica entre la

2 Ibidem.

3 Ibidem. Pág 85.

4 ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. “Fundamentación de derechos humanos desde América Latina”. ITACA, Universidad Autónoma de San Luis Potosí. San Luis Potosí, 2013.

realidad social, el ordenamiento jurídico y político, los conceptos y los principios jurídicos.

Dice el Dr. Rosillo Martínez que es posible repensar el discurso de derechos humanos desde la realidad latinoamericana, entendida ésta como una realidad periférica dentro de un sistema mundo⁵, y propone, junto a Enrique Dussel, la reubicación histórica del inicio de la modernidad mediante la aplicación del giro descolonizador⁶. En este sentido, se intenta resaltar que el inicio de la modernidad no estaría para nosotros dado ni por el renacimiento italiano, ni por el logro del ilustrado “imperio de la ley” en Francia, ni por el libre comerciar de la burguesía frente al absolutismo monárquico, sino más bien por la resistencia a la irracionalidad conquistadora que cada uno de esos hitos encubrió.⁷

La perspectiva latinoamericana de los Derechos Humanos, entonces, se origina en la realidad del sujeto histórico-social oprimido y víctima de la hegemonía colonial, y entiende que el paradigma eurocéntrico en nuestro continente, por responder a otra realidad histórica, se torna nominalista, abstracto, formalista e ideal y, por ende, materialmente inefectivo.

Rosillo, además, señala que la tradición hispanoamericana no sólo significó la lucha por el establecimiento de límites al poder político colonialista (como fue en el origen de los Derechos Humanos desde la perspectiva europea frente al absolutismo), sino que también asume (simultáneamente y no generacionalmente) que la producción y desarrollo de la vida como momento material que permite el goce de derechos, requiere de la actuación en positivo del gobernante para influir en la instauración de las condiciones necesarias para tal efecto.⁸

En síntesis, la perspectiva latinoamericana impulsa la noción de que nuestra realidad arrastra su propia dinámica histórica, la cual impone que los Derechos Humanos no pueden dividirse en generaciones que se complementan ni basarse en la expansión de la racionalidad interna de un concepto ya que, desde sus inicios, “la lucha por la dignidad humana en América Latina ha adquirido un sentido pluricéntrico,

5 Ibidem. Pág. 99.

6 Ibidem. Pág. 89

7 DUSSEL, Enrique. “1492. El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad”. Plural Editores. UMSA, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. La Paz, 1994.

8 ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. “Tesis: Derechos Humanos desde el paradigma latinoamericano de la liberación”. Universidad Carlos III de Madrid, 2011. Pág, 351

pluricultural, comunitario y popular”⁹, incompatible con la matriz eurocéntrica implantada.

A continuación, analizaremos la normativa constitucional e internacional de protección de los Derechos Humanos. Lo haremos ya desde una perspectiva crítica latinoamericana y desarrollaremos, al final del capítulo, el problema de la eficacia/efectividad, donde volveremos sobre lo hasta aquí expuesto.

2. Positivización del término: sistemas de protección : El objetivo de este trabajo no es realizar un análisis exhaustivo de la normativa nacional e internacional en torno a Derechos Humanos, por lo cual nos limitaremos a desarrollar brevemente y a modo de pantallazo lo que consideramos como marco jurídico básico para alcanzar los objetivos de la investigación. Además, estableceremos algunos criterios de análisis, en consonancia con lo anteriormente expuesto sobre la multivocidad de perspectivas en torno a los derechos.

El momento de la positivización tiene relación directa con los sucesos acaecidos en el seno del continente europeo producto de la Segunda Guerra Mundial, los cuales provocaron una fuerte impresión en la comunidad internacional. A raíz de ello, se inició un proceso de codificación del derecho internacional público con el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas en el año 1945 y, por primera vez, una norma positivizó el término “Derechos Humanos”, con el objetivo de asentar jurídicamente la prescripción de que todo ser humano es persona.

Fue así como, en el seno de la ONU, se dictaron una serie de tratados y declaraciones internacionales con alcance universal y regional tendientes a dignificar a la persona humana, cristalizando derechos y estableciendo obligaciones de respeto y garantía por parte de los estados. Entre ellos, cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, las Convenciones de Ginebra de 1947, la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

A su vez, la mayoría de los tratados crearon mecanismos de supervisión, consulta, recomendación y/o control, mediante la configuración de órganos competentes para

9 Ibidem. Pág 953.

establecer la responsabilidad internacional de los estados partes, a través de informes y resoluciones que, en general, no revisten carácter vinculante.

Esta codificación logró su pretendido carácter expansivo, por lo que se elaboraron también una serie de tratados y mecanismos de protección y control por parte de organizaciones regionales, como es el caso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 1950 y la Carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos de 1986.

Finalmente, el efecto codificador tuvo resonancia también sobre muchas constituciones de los estados partes y firmantes de los tratados, en lo que varios autores denominan como “proceso de constitucionalización de los Derechos Humanos” o “neoconstitucionalismo”¹⁰. En nuestro caso, mediante el artículo 75, inciso 22, incorporamos a la Constitución una serie de tratados sobre Derechos Humanos a los cuales revestimos de máxima jerarquía y dotamos de aplicabilidad directa (son derecho interno) en las condiciones de su vigencia.

En síntesis, la cristalización de los Derechos Humanos como normas fundamentales configuran un imperativo de nuestro derecho positivo vigente, son producto del miedo posterior a las masacres perpetradas por los estados europeos en el siglo XX e implican un programa que tiende a la plenitud de la dignidad humana por ante todo.

Sin embargo, y respecto de la codificación del derecho internacional de los Derechos Humanos y su onda expansiva hacia las organizaciones regionales y las constituciones nacionales, es menester señalar algunos criterios sobre los cuales nos basamos para el análisis normativo.

En primer lugar, remarcaremos una vez más que, como proceso histórico, la codificación del derecho internacional de los Derechos Humanos emana como producto del terror acaecido en el viejo continente, por lo cual consideramos que, a pesar de presentarse como un proceso con vocación universal, surge de una realidad particular de pueblos determinados; en ese sentido, compartimos con el Dr. Zaffaroni cuando dice que

“La racionalidad que propugnan esos objetivos, digamos la verdad sin avergonzarnos como humanos, no fue impulsada por la razón sino por el

10 CARBONELL, Miguel. “Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.”. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Madrid, 2007.

*espanto. Y tampoco los impulsó el temor ante cualquier homicidio alevoso masivo: no lo produjeron las víctimas armenias, los hereros extinguidos por los alemanes, los haitianos masacrados por Trujillo en la frontera ni los congoleños esclavizados y diezmados por Leopoldo II de Bélgica, ni ninguna otra de las masacres previas, sino que fue el espanto producido en el propio territorio hegemónico, apenas cuando el colonialismo vio que allí los millones de víctimas de esas atrocidades eran otros humanos con pareja deficiencia de melanina”.*¹¹

Con la fijación de este criterio lo que pretendemos es asentar nuestra perspectiva situada. Es decir que, sin negar la importancia de la positivización de los Derechos Humanos en nuestra normativa, resulta de vital importancia visualizar la necesidad de interpretar y construir el ordenamiento jurídico a partir de nuestros propios procesos históricos.

En segundo lugar, en relación a la vocación universal de los Derechos Humanos, consideramos necesario señalar que la misma corre con el riesgo de habilitar una imposición de una cultura sobre la otra mediante lo que Boaventura De Sousa Santos llama “localismo globalizado”, situación en la que lo local se construye desde los parámetros globales. Tal situación es contraria a un diálogo sobre lo que cada cultura entiende como Derechos Humanos y afecta a la autodeterminación de los pueblos.¹²

Sin embargo, a pesar de que De Sousa Santos, desde su visión sociológica, propone a este respecto que contra el universalismo monolítico debe entenderse y respetarse que cada cultura tiene su propia valoración de la dignidad humana, también se posiciona contra el relativismo cultural, situación en la que la construcción local es impermeable a lo global. A este respecto, el sociólogo portugués afirma que, debido a que todas las culturas cargan con un nivel de incompletud (puesto que sino habría una sola), se hace necesario el reconocimiento de las recíprocas incompletudes y debilidades, para lograr una concepción de los Derechos Humanos que habilite el diálogo transcultural sobre preocupaciones isomórficas¹³. En ese mismo sentido es que Enrique Dussel desarrolla el término de transmodernidad, mediante el cual evita la solución binaria de modernidad vs. posmodernidad, en aras de negar la irracionalidad

11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 80.

12 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal”. CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010. Pág. 90

13 Ibídem.

autoritaria y colonialista de la modernidad, pero aceptando su contenido racional humanista.¹⁴

Entablado el pantallazo general de la normativa nacional e internacional, y asentados los criterios de análisis a los cuales adscribimos, continuaremos en el desenvolvimiento, en particular, de principios de aplicación e interpretación que emanan de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

2.1 Principios interpretativos: Interdependencia e indivisibilidad: La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por resolución 41/128 de la Asamblea General de la ONU el 4 de diciembre de 1986, establece en su artículo primero lo que venía interpretando mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia jushumanista:

*“Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.*¹⁵

A partir de estos principios, debe entenderse que los Derechos Humanos no son compartimentos estancos y que la clasificación en “generaciones” responde a una didáctica, pero jamás a una estratificación lineal a la hora de la concreta aplicación, promoción y protección de aquellos.

De esta manera, los Derechos Humanos se configuran como conglobados y, en concreto, la lesión a uno de ellos implica la lesión a todos, ya que la dignidad humana misma es indivisible. En este sentido, podemos poner como ejemplo gráfico la situación de una persona que no logra acceder ni gozar de una calidad de vida mínima en los términos de lo prescripto por el desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; esta persona también se verá simultáneamente afectada en el acceso y goce de su libertad o de su integridad. A la inversa: la situación de una persona que tenga vedadas sus libertades civiles y políticas acarrea como efecto directo la afectación al acceso y goce de condiciones de vida digna conforme a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14 DUSSEL, Enrique. Op. Cit. Pág. 166

15 Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Asamblea General, ONU. Resolución 41/128 del 4 de diciembre de 1986. Art.1.

En síntesis, no puede haber individuo sin condiciones colectivas ni puede haber colectivo sin individuos. Los Derechos Humanos están atravesados por un hilo común que no permite ponderación ni jerarquía de uno por sobre el otro.

2.2: La obligación estatal de respetar, garantizar y adoptar medidas: En aras del pleno y efectivo ejercicio de los Derechos Humanos por toda persona sometida a la jurisdicción de un estado, los instrumentos internacionales prevén, por un lado, la obligación de respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidos y, por otro lado, para el caso en que los derechos no estuvieren ya garantizados, la obligación de adoptar medidas legislativas o de cualquier índole que fueran necesarias para la efectividad de los derechos.¹⁶

Es decir, que el estado no solo tiene el deber de abstenerse de interferir en el libre ejercicio de los derechos reconocidos, sino que además debe organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras donde se manifiesta el poder público, de manera tal que asegure la disposición de mecanismos que garanticen su pleno acceso, uso y goce. Además, el Estado debe tomar medidas en aras de prevenir, investigar y sancionar a los responsables de violaciones.¹⁷

A su vez, los estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de los derechos reconocidos, y el deber de utilizar todos los medios apropiados, lo que incluye no solo medidas legislativas sino también administrativas, judiciales, financieras, sociales, educacionales, etc.¹⁸

La normativa es clara: el estado debe tomar parte activa hacia la efectividad de los derechos. Más aun, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que

“el compromiso de adoptar medidas no exige ni excluye ningún tipo específico de gobierno o de sistema económico, de manera tal que no es posible para el estado justificar la omisión de actuar en la pertenencia a un sistema

16 Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969, San José de Costa Rica Arts. 1 y 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200, Asamblea General, ONU, 16 de diciembre de 1966. Arts. 1 y 2.

17 Declaración sobre la evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 18 de mayo de 2007. Párr. 2

18 Ibídem. Párrs. 3 al 7

socialista, capitalista, mixto, centralizado, basado en el laissez faire o en ningún otro tipo.”¹⁹

2.3. Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Logro progresivo y obligación de no regresividad: En materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la normativa²⁰ prescribe que las medidas estatales deben tender hacia la efectividad de un modo paulatino, gradual, escalonado. Esto se debe a que este tipo de derechos (trabajo, educación, salud, vivienda, alimento) requieren, por su complejidad, de programas de estado que se sostengan “a lo largo del tiempo”²¹, a diferencia de los Derechos Civiles y Políticos, que se caracterizan por su inmediata satisfacción.

Sin embargo, el logro progresivo no es sinónimo de potestad discrecional del Estado, sino todo lo contrario. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (creado por el Pacto Internacional), en su Observación N°3 señaló que se lo debe entender como “la obligación de priorizar los objetivos públicos tendientes a mejorar lo más expedita y eficazmente posible las condiciones de acceso, uso y goce de los derechos en cuestión”.²²

Por lo tanto, el logro progresivo implica gradualismo y sostenimiento en el tiempo de políticas públicas, pero a la vez implica determinadas obligaciones de cumplimiento inmediato, como la de adoptar medidas en sí, la de fijar la efectividad como prioridad y la de asegurar niveles esenciales de cada uno de los derechos del Pacto²³.

A su vez, en relación a la efectividad de este tipo de derechos, la normativa prohíbe la regresividad en torno a los grados de acceso, uso y goce ya alcanzados:

*“Todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa y deberán estar justificadas plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.*²⁴

Los estados tienen prohibido adoptar medidas deliberadas que supongan el empeoramiento del nivel de acceso, uso y goce de los derechos, como por ejemplo,

19 Ob. Gral. N°3. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990. Párr. 8

20 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea Gral., ONU, 16 de diciembre de 1966, art. 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26.

21 Ob. Gral. N°3. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 9

22 Ibidem, párr. 10

23 Principios de Limburg sobre la aplicación de PIDESC, 1986, Principios 8, 22, 25, 35; Directrices de Maastricht, 1997 Directrices 8, 9, 10, 11, 12 y 15

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Miranda Cortez, marzo de 2009. párr 105.

anular o suspender cualquier legislación o reglamentación necesaria para el ejercicio de un derecho vigente, o reducir un egreso público específico, cuando de dicha reducción resulta la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima.²⁵

Tal prohibición solo encuentra excepción cuando las medidas regresivas son justificables, en el caso de que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática y que no contradigan con el propósito y razón de tales derechos. Por ejemplo, una medida regresiva estaría justificada en el caso de que hayan sido promulgada con el propósito de proteger los derechos de los grupos sociales que están en peor situación²⁶. Es por ello que, en general, los llamados “programas de ajuste estructural” acarrearán una grave violación a los Derechos Humanos, ya que su propósito es “salvar” grandes estructuras económicas y financieras en detrimento de derechos que hacen a las condiciones de vida elementales.²⁷

2.4 El “máximo de los recursos disponibles”: Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 26, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2.1 prescriben como obligación para los estados la adopción de medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos.

Tal imperativo es un verdadero condicionante normativo , ya que implica la incompatibilidad del logro progresivo con la utilización de recursos para fines no prioritarios, es decir, para aquellos que empeoran el grado de acceso, uso y goce de los derechos.

Determinadas políticas y discursos de los gobiernos como la falta de recursos, el déficit fiscal o el ajuste económico, no son en sí un fundamento de la regresividad, ni modifican el carácter inmediato de la obligación que el Estado tiene como garante de derechos. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que “aún en tiempos de ajuste, recesión económica u otros factores, se puede y

25 Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1997, art 14.

26 Comisión IDH, Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras Vs. Perú”, Marzo de 2009, párrs. 142-146

27 Ver COURTIS, Christian. “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2008.

se debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad (...)”²⁸. Recae siempre en el estado la demostración de que ha realizado los esfuerzos posibles para utilizar todos los recursos que están a su disposición, y que ha tratado con carácter prioritario el logro del pleno acceso, uso y goce de los derechos.

3. El problema de la eficacia/efectividad. Herramientas hermenéuticas: Hasta aquí, hemos visto que existen diversas nociones de Derechos Humanos según desde dónde se sitúe el marco de referencia. A su vez, hemos planteado el tema de la vigencia normativa de dichos derechos a nivel internacional, regional y nacional, analizando el desarrollo histórico que llevó a la cristalización de los mismos, así como los principios y prescripciones que rigen su aplicación efectiva, a saber, la interdependencia e indivisibilidad, las obligaciones de respeto y garantía con las que cargan los estados y, finalmente, sus condicionantes, como la adopción de medidas positivas, el logro progresivo, la prohibición de regresividad y la utilización del máximo de los recursos disponibles.

Ahora bien, la positivización de los Derechos Humanos no implica, en sí, la efectividad de los mismos, ni el cumplimiento por parte de los estados de los compromisos constitucionales e internacionales. En palabras del Dr. Zaffaroni, los Derechos Humanos “plasmados en tratados, convenciones y constituciones son un programa, un deber ser que debe llegar a ser, pero que no es o, al menos, no es del todo”²⁹. El mismo autor agrega que

*“Si bien existe una Constitución y un derecho internacional que establecen normas y principios (un deber ser constitucional e internacional), hay una realidad constitucional, que no es normativa sino social, que se nutre de datos de la realidad (su investigación debe ser sociológica), lo que permite valorar en cada caso el grado de realización de esas normas (de ese deber ser) en la realidad de la interacción humana, en el ser social (grado de realización constitucional), como juicio imprescindible para promover el avance de su realización.”*³⁰

28 Ob. Gral. N°3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr 12.

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág 81.

30 Ibídem.

Es por ello que este trabajo inició considerando diferentes perspectivas sobre la noción de Derechos Humanos e hicimos hincapié en la importancia de divisar la historia de nuestro continente. Latinoamérica arrastra una realidad histórica y social propia en relación a los procesos generadores de derechos, ampliamente desfavorable en torno al grado de acceso, uso y goce de los derechos positivizados en la normativa vigente. Esto último se ve reflejado, principalmente, en las altas tasas de desigualdad imperantes en la realidad social, en la pobreza estructural, en las altas tasas de homicidios producto de la violencia urbana, en la inestabilidad económica y política de los estados que tiene su efecto sobre el desarrollo local y, en general, en la enorme dificultad a la hora de la inclusión de personas a condiciones dignas de vida³¹.

Por ello, a la luz de la normativa nacional e internacional analizada y, desde una perspectiva situada en nuestra realidad latinoamericana, estamos en condiciones de afirmar que el grado de realización constitucional es bajo, lo que implica un alto grado de ineficacia de las normas positivizadas y de ineffectividad de los Derechos consagrados, lo que a su vez implica que el programa/proyecto constitucional (el “deber ser”) demanda la puesta en marcha del aparato del estado en función de su plena realización. Los derechos se hallan reconocidos, positivizados y regulados, mas no hallan correlación con la realidad (el “ser”).

Sin embargo, en relación a la eficacia de la norma, consideramos que no solo se trata de una problemática dada por el hecho de que una normativa de carácter general no halla aplicación en lo concreto. También ocurre que, por tratarse de una codificación “importada”, la normativa contiene lagunas y ambigüedades o, adhiriendo a las palabras del jurista J.A. de la Torre Rangel, que “la normatividad frecuentemente legaliza la injusticia y la violación de derechos humanos”³². A su vez, también sucede en torno a la eficacia que existe un conjunto de normas no estatales, situadas en el plano de lo instituyente, que pretenden coexistir con el derecho positivo, ya que, citando al autor brasileño Amilton Bueno de Carvalho, “el pueblo, en su camino en la historia, constituye y destruye los derechos que le sirven como solución a sus problemas. La sociedad, por medio de sujetos colectivos, genera sus propias normas”.³³

31 Ver estadísticas y producciones del Centro de Estudios Económicos y Sociales Scalabrini Ortiz. <http://www.ceso.com.ar/tipo/producciones-ceso>

32 DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. “Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas”. Editorial M.A. Porrua. pág 283

33 BUENO DE CARVALHO, Amilton. “Direito alternativo na jurisprudencia”. Editorial académica, Sao Paulo, pág 11 a 15.

Para comprender la no aplicación de la norma (deber ser) en la realidad (ser), la ambigüedad de las mismas y la existencia de normas “paralelas” no formales, el autor brasileño ofrece un marco hermenéutico de instrumentalización jurídica, que nos servirá de apoyo para la configuración de este trabajo: en primer lugar, el “uso alternativo del derecho”, es decir, la identificación de contradicciones y lagunas en lo oficialmente legislado, buscando, mediante la crítica y el oficio de abogados, jueces, profesores, etc., que los efectos de la norma sean cada vez más democráticos; en segundo lugar, el “positivismo de combate”, por medio del cual se intentan hacer efectivas las disposiciones normativas que reconocen conquistas históricas y democráticas y que, pese a estar legisladas, no se aplican; y en tercer lugar, el “derecho alternativo” en sentido estricto, que sería ese conjunto de normas no estatales, “paralelas”, que la sociedad en su dinámica constante va creando y que el estado debe canalizar y cristalizar para hacerlos efectivos.³⁴

En tal sentido, intentaremos con este trabajo y, mediante los objetivos propuestos en torno a la identificación de las formas de incidencia de las organizaciones de la sociedad civil sobre la plena eficacia/efectividad de los Derechos Humanos, realizar un aporte a la construcción del conocimiento jurídico que tenga en cuenta a los sujetos colectivos que, desde la realidad social, puján de manera directa e indirecta sobre la efectividad de los Derechos Humanos. Volveremos sobre este tema en los capítulos siguientes, cuando tratemos el concepto de “eficacia” y “efectividad” de los Derechos Humanos.

34 BUENO DE CARVALHO, Amilton. Op. Cit.; Sánchez Rubio, David, Herrera Flores, Joaquín y Carvalho, Salo (Coordinadores). Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2002.

Capítulo II

ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL

Sumario: 1. *Las organizaciones y la noción de “tercer sector”.* 2. *Determinación del concepto de sociedad civil* 3. *Tipos de organizaciones.* 4. *La regulación jurídica nacional y provincial de las organizaciones.* 5. *Lagunas: el encuadre jurídico de las organizaciones de la sociedad civil.*

1. Las organizaciones y la noción de “tercer sector”: Boaventura de Sousa Santos le llama “tercer sector” a “todas aquellas organizaciones sociales que, siendo privadas, no tienen fines lucrativos y que, aunque respondan a objetivos públicos o colectivos, no son estatales estrictamente: mutuales, cooperativas, asociaciones civiles, ONGs, organizaciones de voluntarios, comunitarias o de base, etc”.³⁵

La cuestión atinente a la personalidad jurídica y a la regulación en el ordenamiento de dichas organizaciones será desenvuelta en los siguientes puntos del trabajo, a los cuales nos emitimos. Por ahora, nos interesa remarcar el carácter ambiguo señalado por el autor portugués al referirse al tercer sector: organizaciones que, siendo privadas, responden a objetivos públicos. Volveremos sobre esta cuestión.

En el ámbito de lo social, explica Boaventura, el tercer sector tiene su razón de ser en el principio rousseauiano de comunidad, es decir, en las interacciones políticas entre ciudadanos, basadas en la ayuda mutua, cooperación, solidaridad, confianza y educación, de las cuales surge la voluntad general no distorsionada, carácter inalienable de la soberanía popular.³⁶

A lo largo de la historia, las funciones estatales de aseguramiento y promoción del bienestar de la comunidad se vieron atravesadas por numerosas crisis que dieron lugar, según el caso, a situaciones de inestabilidad social como la privación de soberanía, la desigualdad, la represión sistemática, el ajuste estructural o la privatización de servicios sociales, entre otras. Como efecto de estos marcos, los grupos de la comunidad siempre tomaron un rol organizativo tendiente a sanear las dificultades

35 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Reinventar la democracia. Reinventar el Estado”. Abya Yala. Quito, Ecuador, 2004. Pág. 60.

36 Ibidem. Pág. 62.

propias del devenir histórico manifestado en necesidades concretas. Muchas veces, sobre todo en los países “periféricos”, prestan servicios que antes prestaba el Estado.

Así, podemos ejemplificar de manera diversa múltiples expresiones del principio de comunidad, desde las organizaciones establecidas en las colonias romanas lejanas a la metrópoli, las misiones jesuitas en América, los cabildos en el virreinato del Río de la Plata, las organizaciones de producción regional en el interior de nuestro país durante el siglo XIX, los movimientos sociales y políticos que procuraban las elecciones democráticas a principios del siglo XX, los movimientos obreros y sindicatos de la segunda mitad del mismo siglo, las organizaciones cooperativas de trabajadores informales y los movimientos piqueteros de principios de XXI. La lista es interminable entre las numerosas expresiones comunitarias entre fundaciones, asociaciones, mutuales, organizaciones de base, vecinales, bibliotecas, clubes, centros de jubilados, etc.

Todas estas agrupaciones, organizaciones y movimientos tienen en común el trato solidario y horizontal, en procura de satisfacer necesidades colectivas y reivindicar derechos. Todas tienen en común el idioma del principio de comunidad y de organización.

En el libro citado, el autor portugués advierte que también existen organizaciones que, bajo el lema del tercer sector para facilitar su aceptación social, se rigen por el afán de lucro, no tienen participación democrática y no se distinguen de verdaderas empresas. También advierte que algunas poseen más formalidad que otras (lo analizaremos en el siguiente punto al tratar la definición de sociedad civil) y que, si las exigencias de democracia interna, transparencia y participación no se toman en serio, el tercer sector puede fácilmente convertirse en una forma de despotismo descentralizado.³⁷

Finalmente, el autor señala como reto la preservación de la autonomía del tercer sector frente a las instituciones públicas estatales, de manera que éstas garanticen la participación de aquél en la definición de sus políticas sociales adoptadas por las organizaciones en su territorio.

2. Determinación del concepto de sociedad civil: Para desenvolver con precisión este capítulo dedicado a las Organizaciones de la Sociedad Civil, la identificación de los

37 Ibidem. Pág 73.

tipos existentes y su regulación, determinaremos primero el concepto de sociedad civil que, para nosotros, es el más adecuado.

Nos basaremos principalmente en el concepto desarrollado por el filósofo Enrique Dussel en su obra “Política de la liberación. Arquitectónica”³⁸. Allí, el autor define a la sociedad civil como el conjunto de grupos, asociaciones, movimientos, sindicatos, medios de comunicación, instituciones u organismos no gubernamentales, en cuanto cumplen alguna función política, que no es sin embargo el objetivo primario de dicha entidad.

Para Dussel, el Estado es la “comunidad política institucionalizada, necesaria para la permanencia y aumento de la Vida humana”.³⁹ Siguiendo a Gramsci, señala que la sociedad civil forma parte del Estado en sentido ampliado, el cual se compone también por la sociedad política, protagonista del Estado en sentido restringido (funciones públicas administrativa, legislativa y judicial, entes oficiales, etc). En este campo, la diferencia entre la sociedad civil y la sociedad política está en el “grado de sistematicidad institucional”.⁴⁰

Desde esta noción conceptual, ambas categorías se hallan dentro del campo de lo político, ya que si bien el Estado en sentido restringido, como macro sistema institucional y con un alto grado de complejidad funcional es quien debe tornar gobernable la comunidad política, no es el único sistema institucional que hace a ello. El autor señala que también existen micro sistemas que se hallan diseminados en todo el cuerpo social y político, que, al decir de Michel Foucault, expresan voluntad, ergo, participan del poder.

Esos micro sistemas se manifiestan a través de una institucionalidad implícitamente política y particular, con menor complejidad y sistematicidad que las instituciones estatales propiamente dichas y, “desde abajo”, como sociedad civil, son la expresión pública de las necesidades sociales.⁴¹

Intentaremos graficar lo hasta aquí expuesto, en aras de una mejor comprensión del asunto. Frente a la existencia de una posible reivindicación o necesidad no satisfecha en el plano fáctico de la realidad social, se produce un movimiento, un

38 DUSSEL, Enrique. “Política de la liberación. Volumen II. Arquitectónica” Editorial Trotta. Madrid, 2009.

39 Ibídem. Pág. 262.

40 Ibídem. Pág. 249.

41 Ibídem. Pág. 245.

movimiento social⁴². El movimiento social comienza como acción colectiva tendiente a organizarse para satisfacer una necesidad, para obtener el reconocimiento de un derecho, para sanear una injusticia, etc. Por poner ejemplos, un grupo de personas que se manifiesta por la necesidad de la adopción de una perspectiva de género en determinados ámbitos, un grupo de trabajadores/as que se organizan para protestar por un trato injusto del empleador, un movimiento de jubilados/as que visibiliza las problemáticas a las que se enfrentan cotidianamente o un grupo de indígenas que se moviliza por el reconocimiento y respeto de su cultura.

Estos movimientos, como expresión de lo que Dussel denomina campo social, pueden “cruzar un primer umbral” hacia el “campo político” propiamente dicho y organizarse, en el ámbito de la sociedad civil, como institución no gubernamental que se coordine con las otras agrupaciones de la sociedad civil, en aras de expresar públicamente su discurso e influir ya no solo como actor social, sino también como actor político⁴³. Siguiendo los ejemplos anteriores, el grupo que se movilizaba en pos de la perspectiva de género se constituye como asociación civil sin fines de lucro que procura influir sobre el poder legislativo en el dictado de una ley que garantice la paridad de género; el grupo de trabajadores/as se consolida como sindicato, obtiene personería gremial y se pronuncia contra la derogación de una norma que garantiza derechos laborales; el grupo de jubilados se configura como institución civil y promueve reformas urbanas en el concejo deliberante municipal; o el grupo indígena se constituye como asociación cívico-política en defensa de una producción regional tradicional.

Hasta aquí, explica Dussel, la necesidad social expresada como movimiento traspassa un umbral hacia lo político y se vehiculiza en un grado mayor de institucionalidad, desplegando una acción estratégica desde la sociedad civil, frente a y con otras instituciones.⁴⁴

Pero además, el filósofo explica que aún es posible que dicha necesidad atraviese un nuevo umbral: el pasaje de la sociedad civil hacia la sociedad política, intentando tener una influencia efectiva en las instituciones del Estado en sentido estricto⁴⁵. Este pasaje implica la constitución o participación en un partido político con aspiraciones electorales. Siguiendo una vez más con los ejemplos anteriores, la

42 Ibidem. Pág. 238.

43 Ibidem. Pág. 239.

44 Ibidem. Pág. 240.

45 Ibidem.

asociación civil promotora de la perspectiva de género se transforma en el partido por la igualdad de género, el sindicato pasa a formar parte de un partido laboralista, el centro de jubilados en un movimiento político institucional de la sociedad política y la institución indígena en partido con aspiración de presidir la macro institucionalidad del Estado.

El ejemplo, aun más gráfico, que también tomamos de la obra de Dussel, es el del líder boliviano Evo Morales:

“De origen indio, dirigente del movimiento social organizado en defensa de la producción de la coca, transforma el movimiento cocalero en un organismo de la sociedad civil, para finalmente adoptar el nombre de Movimiento hacia el Socialismo y llegar en diciembre de 2005 a la presidencia de la República. Un ejemplo ejemplar de movimiento social que pasa al campo político explícito.”⁴⁶

A los fines de este trabajo, nos interesa remarcar entonces que la sociedad civil es aquella que se compone de un conjunto de instituciones que, sin alcanzar la complejidad y sistematicidad de las instituciones propias de la sociedad política (estado en sentido estricto), vehiculizan las necesidades que se presentan en el plano de la realidad social, por lo que se constituyen como actores estratégicos cívicos-políticos que forman parte del Estado en sentido amplio, junto a las instituciones de la sociedad política (estado en sentido estricto).

Intentaremos corroborar en este trabajo que las organizaciones de la sociedad civil, como parte del Estado, no solo vehiculizan las necesidades sociales haciéndolas visibles sino que, en muchos casos, también lo hacen cubriéndolas, es decir, haciendo efectivos los derechos, ya sea porque el Estado en sentido estricto no lo hace o porque ha dejado de hacerlo.

3. Tipos de organizaciones. Esquema.

- **Ámbito social:** grupos y movimientos sociales que comparten la insatisfacción de necesidades. No poseen un grado relevante de agrupamiento, institucionalidad y/o sistematicidad. Movimientos de desempleados o

46 Ibidem.

despedidos, indígenas relegados de sus tierras, de género, raciales, etc (hay tantos movimientos como necesidades insatisfechas y reivindicaciones posibles.)

- Campo político:
 - ➔ sociedad civil: organizaciones propiamente dichas que, bajo el principio de solidaridad recíproca y comunidad, configuran una micro institucionalidad formal que vehiculiza las necesidades insatisfechas, visibilizándolas, promoviendo formas de sanearlas o cubriéndolas directamente. Ejemplos: asociaciones civiles, mutuales, fundaciones, cooperativas de trabajo, sindicatos, instituciones religiosas, asociaciones indígenas, asociaciones vecinales, clubes sociales y deportivos, bibliotecas populares, escuelas populares o de gestión social
 - ➔ sociedad política: organizaciones que configuran la macro institucionalidad estatal. Poseen el mayor grado de sistematicidad y complejidad. Se compone por el Estado en sentido estricto y sus órganos y entes públicos, por los representantes que ocupan los cargos de funcionarios, por los partidos políticos que aspiran a la representación y por los ciudadanos y ciudadanas que sufragan (representados).

Las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones de la sociedad política configuran el Estado en sentido ampliado, entendido como la comunidad política institucionalizada.

Hasta aquí, hemos desenvuelto sucintamente las nociones que consideramos más adecuadas como punto de partida de comprensión de los conceptos de movimiento social, sociedad civil, sociedad política, estado, comunidad y organización. Ya habiendo realizado el análisis conglobado, nos centraremos, a los fines de alcanzar los objetivos de este trabajo, en las organizaciones de la sociedad civil.

4. La regulación jurídica nacional y provincial de las organizaciones de la sociedad civil.

Para el abordaje de este punto, analizaremos en primer lugar la cuestión concerniente a la personalidad jurídica de las organizaciones de la sociedad civil. Como anteriormente se señaló, en concordancia con la obra de Enrique Dussel, señalamos que desde la perspectiva política las organizaciones de la sociedad civil forman parte del Estado en sentido ampliado, como actores institucionales estratégicos cívico-políticos que, en coordinación con otras instituciones, participan del poder en tanto expresan la voluntad de un espectro social insatisfecho que procura visibilizar esa insatisfacción, promover su saneamiento o directamente cubrirla.

Sin embargo, desde el campo del derecho, la doctrina mayoritaria (tomaremos como guía la obra de Agustín Gordillo⁴⁷) considera que estas organizaciones son instituciones propias del derecho privado, y no estatales. Según esta doctrina, que interpreta linealmente la letra de la ley, los entes estatales son solo aquellos entes centrales que conforman los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y los entes descentralizados de la administración (entes autárquicos) creados por los entes centrales.

A su vez, esta doctrina distingue a los entes públicos de los entes privados en tanto aquellos revistan tal carácter cuando son creados por ley, persiguen fines públicos (de interés general o no), tienen potestades públicas como cobrar tributos o tasas y se hallan bajo un intenso control estatal, mientras que éstos (los entes privados) no. Por ende, no puede haber un ente estatal con carácter privado, aunque sí puede haber un ente no-estatal con carácter público si cumple con dichos requisitos (por ejemplo, los colegios profesionales o la Iglesia Católica).

En tal sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación prescribe en su Título II relativo a Personas Jurídicas que, además del Estado nacional, las Provincias, la CABA, los municipios y las entidades autárquicas, son personas jurídicas públicas aquellas constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter. A su vez, determina que respecto de las personas jurídicas privadas en las que participa el Estado, la ley o el estatuto que las rigen pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.

De manera que, hasta aquí, desde la esfera de lo político ubicamos a las organizaciones de la sociedad civil como actores públicos integrantes del Estado en

47 GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 9". 1º edición. Bs. As. FDA, 2014. Capítulo 7. Págs. 153 y ss.

sentido ampliado. Mas, desde las esfera del ordenamiento jurídico normativo, las mismas organizaciones se ubican como entes privados no estatales.

Sin embargo, la misma doctrina citada reconoce la dificultad de ubicar a las organizaciones de la sociedad civil en la esfera de lo no estatal privado. Transcribimos textualmente:

“Es un poco difícil determinar si es justificado ubicar aquí una categoría especial de sociedades, que serían privadas y sin participación estatal, pero que de todos modos tendrían una relación de algún modo estrecha con el interés público. Correspondería ubicar aquí a las sociedades cooperativas, a los sindicatos, etc., cuando no tienen ese régimen jurídico integral de derecho público que permita considerarlos corporaciones públicas, a pesar de lo cual es obvio que se diferencian de las demás sociedades comunes del derecho civil o laboral, por afectar de manera más directa al interés público, lo que lleva a un mayor control y reglamentación por parte del Estado, como así también al otorgamiento de ciertos beneficios y privilegios que no se reconocen a las demás entidades privadas.”⁴⁸

Con lo anteriormente expuesto, consideramos estar en condiciones de verificar la existencia de una laguna jurídica respecto de ciertos entes, las organizaciones de la sociedad civil, que afectan directamente al interés público (lo intentaremos demostrar en el siguiente capítulo) mas son consideradas por la hermenéutica jurisprudencial y doctrinaria mayoritarias como entes de carácter privado, como cualquier empresa cuyos fines sean manifiestamente de interés particular. Lo analizaremos en particular en el siguiente punto.

En relación al marco legal específico de las organizaciones de la sociedad civil, la Constitución Nacional regula en su artículo 14 el derecho de asociarse con fines útiles. Por su parte, el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”.

El Código Civil y Comercial, por su parte, regula lo atinente a personas jurídicas privadas en su artículo 148, a asociaciones civiles en los arts. 168 a 186, a simples asociaciones en los 187 a 192 y a fundaciones en los 193 a 224. También existen normas

48 Ibídem. Pág 171.

que regulan las mutuales (ley 20.321/73), asociaciones sindicales (ley 23.551) y sociedades de fomento.

A nivel provincial existen normas complementarias. En Santa Fe, fue creada por ley la Inspección General de Personas Jurídicas, órgano de fiscalización y contralor de las organizaciones registradas.

5. Lagunas: el encuadre jurídico de las organizaciones de la sociedad civil: Tal como lo adelantamos en el punto anterior, verificamos la existencia de una laguna respecto de las organizaciones de la sociedad civil ya que las mismas afectan directamente al interés público pero son consideradas por la interpretación jurisprudencial y doctrinaria mayoritarias como entes privados.

Esta laguna marca un vacío jurídico normativo que bien puede ser llenado con el otorgamiento legal de personalidad pública no estatal a ciertos entes, ya sea invistiendo a las existentes con tal carácter o bien creando una nueva figura jurídica, de manera que se les reconozca su calidad de actor público en la esfera política del Estado en sentido ampliado.

Además, sucede en el plano de la realidad latinoamericana que muchos movimientos sociales encuentran dificultades a la hora de expresarse institucionalmente y constituirse como asociación autorizada a funcionar como persona jurídica. Esto último se debe a que una gran cantidad de movimientos sociales expresan necesidades y cercenamiento de derechos que se hallan directamente relacionados con las condiciones de vida social, económica y cultural. Creemos que la investidura del carácter público a este tipo de personas-organizaciones las ubicaría en otro plano en el marco del Estado y acrecentaría su capacidad de desenvolver su rol social y comunitario.

Dicho reconocimiento acarrearía múltiples beneficios para este tipo de organizaciones y un explícito fomento a la participación democrática, lo que facilitaría su labor en lo que concierne a la satisfacción de las necesidades sociales, es decir, a la efectividad de los derechos fundamentales.

Esto es menester ya que, como se explicó más arriba, toda expresión de voluntad indica participación en el poder, y toda participación en el poder implica un accionar en la esfera pública. A su vez, toda regulación de estructuras jurídicas debe corresponderse y servir de vehículo y contención del poder, ya que, al decir de Bobbio, el derecho y el poder son dos caras de la misma moneda.

Luego de desenvolver el capítulo relativo a Derechos Humanos y de desarrollar las nociones de tercer sector, de sociedad civil, los tipos de organizaciones y su regulación jurídica y, verificada la laguna normativa existente, continuaremos el trabajo haciendo foco en la incidencia de las organizaciones de la sociedad civil sobre la plena efectividad de los derechos humanos.

Capítulo III

LA INCIDENCIA DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL SOBRE LA EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Sumario: 1. Determinación de los conceptos de “eficacia” y “efectividad” en materia de Derechos Humanos 2. Rol social y político de las organizaciones: visibilización y satisfacción de necesidades. 3. Incidencia indirecta: visibilización de necesidades 4. Incidencia directa: satisfacción de necesidades, efectividad de derechos.

1. Determinación de los conceptos de “eficacia” y “efectividad” en materia de Derechos Humanos: En este capítulo haremos foco en la incidencia que las organizaciones en cuestión llevan a cabo sobre la eficacia y efectividad de los Derechos Humanos. Es por ello que comenzaremos intentando alcanzar una noción aproximada de lo que se entiende por eficacia y por efectividad.

La sociología jurídica, al analizar la positividad de una norma, tradicionalmente distingue tres momentos en relación a su aplicación social: la validez, la vigencia y la eficacia.

El momento de validez estaría dado en tanto la norma jurídica haya sido elaborada en la forma y por el órgano competente para hacerlo en armonía con el ordenamiento jurídico. La vigencia, por su parte, estaría dada por la posibilidad de su imposición, en razón del tiempo, el espacio y la persona. Ejemplificando: Una ley que regula cuestiones de derecho civil como el Código Civil y Comercial, sancionada por el Congreso de la Nación y Promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional, es válida en tanto se realizó por los procedimientos establecidos en la Constitución y en razón de que la misma determina que es competencia de dichos órganos la legislación de fondo y

el dictado de un código civil. A su vez, la misma norma tiene vigencia en tanto manda a ser aplicada en el territorio argentino, desde una fecha específica y hacia el futuro y para todas las relaciones jurídicas de los habitantes de la República.

En lo que respecta a la eficacia, es explicada por la doctrina como el momento en el cual la norma, que reconoce derechos y manda a la realización de conductas, que ya está revestida de validez y vigencia en el plano del “deber ser” (debe ser acatada por los habitantes, debe ser ejecutada y/o regulada por los funcionarios competentes), adquiere aplicación en el plano de la realidad.

La eficacia, a diferencia de la validez y la vigencia, se mide por grados. Es decir, que una norma jurídica puede tener más o menos grado de acatamiento por parte de la ciudadanía, así como puede tener más o menos acatamiento por parte de los funcionarios a la hora de su efectiva aplicación. Por ejemplo, desde el punto de vista de la ciudadanía, una ley que manda a la renovación de los documentos nacionales de identidad puede tener un bajo grado de eficacia si los ciudadanos y ciudadanas no asisten o asisten en poca cantidad a los centros estatales a los fines de renovar su tarjeta de identificación. Desde el punto de vista de los funcionarios públicos, la misma ley tendrá un bajo grado de eficacia si, sancionada y promulgada la ley, la administración encargada de hacerla efectiva no pone a disposición los efectores públicos correspondientes territorialmente para que la ciudadanía pueda acercarse a tramitar lo que la ley manda.

En materia de derechos humanos, la cuestión de la eficacia presenta sus particularidades. Vimos en el primer capítulo que los Derechos Humanos han sido positivizados mediante normativa nacional e internacional. Analizaremos ahora, practicando un poco del “positivismo de combate” invocado en el primer capítulo, la positividad de dichas normas con el tamiz de lo hasta aquí expuesto en el presente punto.

La normativa relativa a Derechos Humanos está revestida de validez y de vigencia, ya que ha sido sancionada y promulgada por los mecanismos correspondientes y rige para personas determinadas en tiempos y espacios determinados (en nuestro país hasta figura expresamente en la Constitución Nacional). Ahora bien, en torno a la eficacia, es preciso determinar qué grado de aplicación tiene, tanto en el sentido del acatamiento por parte de los “humanos” comprendidos, como por parte de los funcionarios del Estado encargados de su efectiva aplicación.

En relación al acatamiento por parte de las personas, el grado de eficacia no tiene gran conflictividad, ya que la normativa reconoce un cúmulo de derechos que son producto de reales necesidades sociales, que hacen a la dignidad y construcción de la vida, como ser la libertad individual, el derecho a alimentarse y gozar de una vivienda adecuada, gozar de un ambiente saludable, vivir en una comunidad independiente y autodeterminada, en una comunidad pacífica, etc. Es difícil comprobar o fundamentar que pueda existir un movimiento social importante que no esté dispuesto a adherir al consenso de que todos y todas gozan de tales derechos, o a acatar las medidas tendientes a su justa efectivización.

Consideramos que el problema de la eficacia, brevemente introducido al final del primer capítulo, halla su meollo en el acatamiento normativo de los funcionarios encargados de aplicar las medidas positivas correspondientes que hagan que el “deber ser” llegue a “ser”. Los funcionarios encargados son, según la normativa nacional e internacional, los Estados.

Los Estados son responsables y están obligados, como se vio en el primer capítulo, a reconocer y garantizar los derechos, a prevenir y sancionar las violaciones, a llevar a cabo medidas positivas en pos del logro progresivo de los derechos, a fijar prioridades públicas y a utilizar el máximo de los recursos disponibles, más allá del tipo de direccionamiento político o económico adoptado, ya que este tipo de derechos hacen a la subsistencia, a la producción y reproducción de la Vida humana en dignidad.

Como se dijo en el primer capítulo, el grado de realización constitucional en el continente latinoamericano es bajo y, desde el punto de vista jurídico, consideramos que halla una directa relación con la ineficacia de la norma en materia de Derechos Humanos.

No es objetivo de este trabajo señalar las políticas públicas estatales que no cumplen con la normativa vigente. No es objetivo de este trabajo marcar específica y detalladamente en dónde se manifiesta la ineficacia y violación de los Derechos Humanos por parte de los estados (aunque sintéticamente podemos señalar el ajuste estructural, la regresividad en materia de políticas sociales o la priorización de políticas públicas que benefician a capitales financieros internacionales, entre otras).

Tampoco es objetivo de este trabajo desarrollar exhaustivamente las razones políticas estructurales e históricas por las cuales nuestro continente padece un bajo grado de realización constitucional y, con ello, un bajo grado de acceso a condiciones de

vida dignas. En ese sentido, nos limitaremos a adherir a la perspectiva latinoamericana desenvuelta en el primer capítulo.

Los esfuerzos de este trabajo, entonces, estarán puestos en aportar al conocimiento científico en aras de aportar también a la construcción de alternativas que aumenten el grado de eficacia de la norma y de realización constitucional por medio de la efectividad en el acceso, uso y goce de los derechos. Intentaremos hacerlo en este capítulo y en el siguiente.

Para ello, en consonancia con la noción antes esgrimida de sociedad civil como parte del estado en sentido amplio y de sus organizaciones como personas vinculadas a lo público, demostraremos la incidencia que ellas ejercen sobre la plena eficacia y efectividad de los Derechos Humanos, con datos obtenidos de la realidad en un estudio cualitativo sobre organizaciones de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, Argentina.

Cabe aclarar que entendemos a la efectividad como el real acceso, uso y goce a los derechos, clave para la producción y reproducción de la Vida humana.

2. Rol de las organizaciones de la sociedad civil: visibilización y satisfacción de necesidades: Como se explicó en el capítulo anterior, este tipo de organizaciones cumple la función de vehicular las necesidades sociales, haciéndolas visibles y promoviendo formas de satisfacerlas, ya sea procurando el dictado de una ley, la regulación administrativa de un derecho, formulando querrela judicial, etc. Esta vehiculización es posible mediante una sistematicidad institucional de carácter cívico y político, que “juega” estratégicamente en el campo político de lo que llamamos “estado en sentido amplio”.

A su vez, hemos adelantado que las organizaciones de la sociedad civil no solo cumplen la función de canalizar institucionalmente las necesidades sociales para hacerlas visibles y exigir su satisfacción, sino que también, en muchos casos, cumplen la función de satisfacerlas.

Tanto la visibilización institucional de las necesidades como la satisfacción directa por parte de las organizaciones constituyen reales incidencias sobre la eficacia y efectividad de los Derechos Humanos. En consonancia con lo explicado en el punto anterior, podemos decir que el grado de ineficacia en la aplicación de medidas que hacen a la efectividad de los derechos consagrados en la normativa nacional e

internacional, se hace menor gracias a las medidas adoptadas por estos entes que, a nuestro criterio, son de carácter público y forman parte del estado en sentido amplio.

En los siguientes puntos corroboraremos lo afirmado. Por un lado, demostraremos la incidencia indirecta y, por otro, la directa. Los datos de la realidad que aportan a nuestros fundamentos fueron recabados mediante trabajo de campo realizado en entrevistas a diversos actores pertenecientes a organizaciones de la sociedad civil en la ciudad de Rosario, Santa Fe, Argentina.

Como trabajo de campo, esta investigación se focalizó sobre diferentes organizaciones de la ciudad de Rosario, mediante el recabado de datos por la web, entrevistas semiestructuradas a representantes de las mismas y observación participante sobre su funcionamiento.

Se practicaron entrevistas a un miembro representante de la mutual Biblioteca Vigil, de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y del Club Social y Deportivo General San Martín. Por medio de la observación participante, se obtuvieron datos de la Asociación Vecinal La Florida⁴⁹ y de la Asociación Mujeres Emprendedoras. Via web, se recabaron datos del funcionamiento y sentido de la Asociación Civil Vox (diversidad sexual) y de El Paraná No Se Toca (ecología), así como de la cooperativa de trabajo Communitas (salud mental).⁵⁰

3.Incidencia indirecta: visibilización de necesidades sociales: Consideramos como incidencia indirecta de las organizaciones de la sociedad civil sobre la plena eficacia de los Derechos Humanos a aquella que se produce a raíz de la praxis que está dada por la captación institucional de necesidades sociales, su vehiculización y visibilización, con el fin público, cívico y político de promover su satisfacción.

Decimos “indirecta” debido a que este tipo de incidencia se produce principalmente haciendo visible las problemáticas y necesidades, es decir, aquellos derechos que precisan mayores grados de efectivización. A raíz de la canalización institucional realizada por estas organizaciones, el Estado (en sentido estricto: órganos de la administración, jurisdiccionales, legislativos) tiene a su disposición una especie de mapa que le señala los sitios y situaciones sobre las que debe aplicar medidas para alcanzar mayores grados en la eficacia de la norma en cuestión.

49 Ver anexo de entrevistas e informes.

50 <http://ceysrosario.org/>; <https://voxargentina.wordpress.com/> ;
<https://www.facebook.com/ElParanaNOsetoca/>

Las organizaciones, de esta manera, cumplen el rol de facilitar el trabajo de los representantes políticos, de señaladores de lo que los entes estatales deben hacer para garantizar el acceso, uso y goce de derechos. En este sentido, cabe remarcar la noción de lo que Dussel en la obra citada llama “poder obediencial” que, en el sentido de lo expuesto en los primeros capítulos, consiste en que los órganos centrales del Estado se deben al pueblo, en que “manden obedeciendo”, y es allí, en lo situado, en la noción de estado en sentido ampliado, en donde se hace presente la manifestación del poder y de la voluntad popular. Retomaremos esta cuestión en el último capítulo. Por ahora, lo importante es remarcar que, como incidencia indirecta, las organizaciones de la sociedad civil marcan una agenda y son la expresión institucionalizada de las necesidades sociales.

La Biblioteca Vigil, fundada en el año 1959 en el barrio Tablada de la ciudad de Rosario es una mutual que nace con fines solidarios en una época de inestabilidad política, caracterizada por una seguidilla de dictaduras militares, proscripciones políticas y cercenamiento de derechos. Nos explica Natalia García, miembro actual de la Comisión Directiva, que el nacimiento de esta mutual no fue una entelequia, sino que estuvo dado por una sociedad que no encontraba ni voz ni voto y que veía un menoscabo en sus derechos fundamentales, razón por la cual empieza a “generar su política” en los márgenes, a juntarse y agruparse en participación activa, primero como movimiento social de personas insatisfechas por la falta de educación accesible y de calidad, por la falta de trabajo, de infraestructura urbana, de calidad en los servicios, etc., y en segundo lugar, como institución civil, con una dinámica y un ordenamiento interno en aras de “elevar” esas necesidades a un plano de mayor sistematicidad y canalización que permita abordarlas mediante estrategias más complejas para conseguir su satisfacción. La incidencia indirecta en el caso de Vigil es clara, ya que frente a la necesidad social concreta, la organización se convierte en vehículo facilitador frente a otras instituciones similares y frente al Estado municipal, provincial y nacional.

En el mismo sentido expuesto en el párrafo anterior, los casos de organizaciones de la sociedad civil que inciden indirectamente sobre la plena eficacia y efectividad de los derechos humanos son numerosos. Nuestro trabajo de campo, como se dijo, tomó solo algunos ejemplos que consideramos relevantes. La Cooperativa Communitas, de nacimiento más reciente, ejemplifica lo que toda cooperativa de trabajo implica: la necesidad social de trabajar, común en todo nuestro continente, en el que el desempleo y el trabajo informal no son excepcionales. Por medio de esta cooperativa, la

necesidad social de trabajar se vehiculiza en una institución compuesta de personas agrupadas bajo el mismo fin y que se organizan civil y políticamente de cara al estado central, visibilizando la problemática y, como se verá en el siguiente punto, haciéndose cargo también de la efectivización directa de un derecho fundamental para la dignidad humana.

Tal vez las situaciones más emblemáticas de incidencia indirecta son aquellas dadas por organizaciones dedicadas primordialmente a la promoción y fomento de problemáticas sociales. Podemos mencionar, en el marco del estudio cualitativo realizado sobre la ciudad de Rosario, a la asociación “El Paraná no se Toca”, dedicada a la defensa y al fomento del trato sustentable y ecológico con el Río Paraná y sus humedales. Dicha organización se constituyó como actor político de la sociedad civil y, vehiculizando el descontento de muchas personas a raíz del dictado de una ley provincial que habilitaba un emprendimiento agrícola en la zona natural de humedales del Río Paraná, logró pujar y conseguir su derogación. A su vez, actualmente promueve la sanción de una ley provincial que proteja dicha reserva natural litoraleña.

Tanto la institucionalización del descontento social, como la puja por la derogación de una ley y la promoción de la sanción de una nueva por parte del estado central (órgano legislativo) constituyen demostraciones concretas de la incidencia indirecta que las organizaciones producen sobre la plena eficacia de la normativa de Derechos Humanos, en tanto que el Estado en sentido restringido toma medidas positivas y cumple con el mandato normativo (en este caso, el respeto a la naturaleza y la garantía del derecho a un ambiente sano) como consecuencia del accionar de un sujeto que es público, pero que no es estatal “propriadamente dicho”.⁵¹

Otra organización de la sociedad civil rosarina es la Asociación Vox, dedicada al fomento, promoción y protección de la “igualdad jurídica y social de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans”⁵², en incidencia indirecta a través de la institucionalización y visibilización de la problemática y en la lucha por la adopción y ejecución de medidas

51 Cabe aclarar que, desde nuestra perspectiva de “estado en sentido ampliado”, podría interpretarse que la norma que manda a que el Estado tome medidas positivas que garanticen el acceso, uso y goce de los Derechos Humanos, es completamente eficaz si entendemos que los actores de la sociedad civil son instituciones del Estado. Sin embargo, tal hermenéutica, aunque la consideramos correcta y armónica con los fines de la normativa de Derechos Humanos, no es la que prima en la doctrina ni en la jurisprudencia, que asimilan al vocablo “Estado” con las instituciones propias de las funciones centrales de legislación, jurisdicción y administración. Consideramos que debe pensarse en una ingeniería y arquitectura institucional capaz de integrar una noción más amplia de Estado, que involucre a la sociedad civil y que elabore nuevas instancias de participación en el marco de la sociedad política. Trataremos esta cuestión en el capítulo siguiente.

52 <https://voxargentina.wordpress.com/> Consultada el 2/6/2017.

estatales que garanticen tanto el acceso igualitario de las personas en cuestión a cargos públicos, empleos, como el trato digno, respetuoso y sin discriminación.

En un sentido análogo, la insatisfacción social producida por los recurrentes episodios de violencia de género y de trato desigual para con las mujeres, ha llevado a la constitución de numerosas instituciones que promueven la perspectiva de género y reivindican los derechos de las mujeres a un trato igualitario en relación a los hombres, como medio para contrarrestar una cultura generalizada de carácter patriarcal y machista. Estos datos fueron obtenidos mediante la observación participante realizada sobre el trabajo de la Asociación Mujeres Emprendedoras del barrio rosarino La Cerámica, una de las tantas asociaciones que tratan y trabajan coordinadamente esta cuestión, haciendo eco sobre la red institucional del Estado y las políticas públicas de acceso, uso y goce de derechos.

De entre las asociaciones civiles más tradicionales como son los clubes y las vecinales, entrevistamos al presidente del Club Social y Deportivo Gral. San Martín y observamos el funcionamiento de la Asociación Vecinal La Florida, ambas de la zona norte de la ciudad. La necesidad social vehiculizada institucionalmente por medio de estos entes tiene que ver con el acceso, uso y goce de derechos muy ligados a la producción y reproducción de la vida en lo cotidiano de las personas, como la práctica de un deporte, el esparcimiento o la organización en torno a problemas comunes del barrio o vecindario. La sola constitución de una asociación con estos fines característicos produce una incidencia indirecta sobre la eficacia de la normativa de Derechos Humanos, en tanto que visibiliza necesidades y las pone de manifiesto ante el Estado, facilitándole la tarea de identificación de aquellas. Sin embargo, este tipo de entidades, como en el caso de la mutual Biblioteca Vigil, producen principalmente una incidencia directa, por lo que las analizaremos con más detalle en el punto siguiente.

También entrevistamos a la Dra. Gabriela Durruty, miembro integrante de la mesa directiva y del equipo jurídico en materia de lesa humanidad de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH). Dicha asociación resulta de una autoconvocatoria en 1975 de personas provenientes de los más diversos sectores sociales, políticos, intelectuales, sindicales y religiosos argentinos, en respuesta a la creciente situación de violencia y de quiebra de la vigencia de los más elementales derechos humanos que se vivía en el país⁵³.

53 Ver <http://www.apdh-argentina.org.ar/>.

APDH, al igual que otros organismos de Derechos Humanos emanados como consecuencia de la última dictadura cívico-militar argentina, institucionaliza semejante insatisfacción social, la visibiliza y se desenvuelve en el campo político de la sociedad civil como actor fundamental de reclamo, promoción y lucha por el acceso, uso y goce de los derechos. Ejemplos concretos de incidencia indirecta son la elaboración de informes, el recabado de información sobre los sucesos delictivos acaecidos durante la dictadura, la formulación de querellas y el logro de sentencias sancionadoras de los responsables de las atroces violaciones a los Derechos Humanos durante la década del 70 y, en general, la promoción y reivindicación del discurso de Memoria, Verdad y Justicia. A su vez, y como ejemplo aun más claro de incidencia indirecta, la Dra. Durruty nos explica que, en materia de juicios de lesa humanidad, mediante la conformación de querellas, APDH ha logrado que se dicten resoluciones judiciales que configuran aplicaciones estatales que hacen a la eficacia de la norma nacional e internacional en materia de Derechos Humanos. Entre los ejemplos, nos menciona que, aun antes de la reforma del Código Procesal lo habilite expresamente, APDH logró la constitución como querellante de organismos de Derechos Humanos. A su vez, nos explica que:

“Hemos posibilitado modificaciones que el legislador nunca había pensado, como por ejemplo en materia del proceso penal en delitos de lesa humanidad en los que hemos participado: los testigos por regla no pueden escuchar el relato de otros testigos, pero nosotros pudimos lograr que se les permita, ya que la reconstrucción de la memoria es un proceso colectivo. Además, cuando entraban a declarar logramos que aguarden junto a un equipo de psicólogos y también logramos que puedan ingresar a declarar junto con el psicólogo; también permitirles jurar por sus creencias, lo cual implica una cuestión simbólica importantísima y un empuje por parte de organizaciones de la sociedad civil sobre el proceso penal. Otro ejemplo es que los testigos se sientan de espaldas a los defensores y mirando al tribunal: nosotros hicimos un planteo de que de esa manera se reproducía el esquema de la tortura, por lo cual el tribunal comenzó a tomar la iniciativa de preguntarle al testigo si quería declarar de costado. Como esos hay un montón de ejemplos de avances que en la práctica judicial se fueron

*dando empujados por organizaciones sociales, cuestiones que no se logran con buenos abogados, sino con el empuje de las organizaciones.”*⁵⁴

Con el trabajo de campo realizado no se pretendió lograr un relevamiento y recabado de datos exhaustivos de todas las organizaciones de la sociedad civil de la ciudad, sino realizarlo sobre un número reducido de instituciones con fines específicos diversos, y que hacen a múltiples Derechos Humanos (cultura, integridad física, igualdad de género y sexual, trabajo, salud, educación, ambiente saludable, etc.) pero que, por el principio de interdependencia e indivisibilidad de aquellos, comparten un hilo común: procurar la efectividad de los mismos.

Además, como dato complementario que confirma la corroboración efectuada en base a la experiencia de las diferentes organizaciones, obtuvimos datos obteniendo información sobre políticas públicas del municipio.

El Consejo Económico y Social de la ciudad, órgano asesor de la intendencia, está compuesto por organizaciones de la sociedad civil y coordinado por funcionarios municipales. El dato principal está dado por el hecho de que mediante el diálogo en dicho consejo, el municipio recibe un asesoramiento de cuáles son las necesidades que los diferentes entes civiles manifiestan.

Otra experiencia, en el mismo sentido, es la del Presupuesto Participativo, programa municipal que habilita la instancia para que, en el marco de los distritos territoriales, los vecinos y representantes de las organizaciones, deliberen y elaboren proyectos de infraestructura urbana y cultural para los barrios.

Es menester aclarar que los datos obtenidos de las dependencias estatales municipales se exponen sucintamente como indicadores complementarios y como demostraciones empíricas accesorias de lo que pretendemos corroborar.

De esta manera, consideramos haber demostrado que las organizaciones de la sociedad civil producen una incidencia indirecta sobre la plena eficacia y efectividad de los Derechos Humanos, dándole un marco de sistematicidad a las necesidades sociales y poniéndolas en el entramado político, haciéndolas visibles de cara a las instituciones centrales del Estado.

A continuación demostraremos la existencia de incidencia directa por parte de los entes en cuestión.

54 Ver anexo de entrevistas.

4. Incidencia directa: Satisfacción de necesidades sociales, efectivización de derechos: Consideramos como incidencia directa de las organizaciones de la sociedad civil sobre la plena eficacia y efectividad de los Derechos Humanos a aquella que se produce a raíz de la praxis que está dada por la satisfacción inmediata de necesidades.

A diferencia de la incidencia indirecta desenvuelta en el punto anterior, la incidencia directa que desarrollaremos y corroboraremos con datos empíricos en este punto implica no solo la visibilización y vehiculización institucional de las necesidades sociales de cara al Estado en sentido estricto, sino también la efectivización concreta de derechos. En este sentido, demostraremos que las organizaciones de la sociedad civil, como actores cívicos-políticos del estado en sentido amplio, satisfacen necesidades haciendo efectivos los derechos y tornando plenamente eficaz la normativa nacional e internacional.

Las organizaciones, de esta manera, cumplen el rol no sólo de facilitar el trabajo de los representantes políticos, de señaladores de lo que los entes estatales deben hacer, sino que directamente le “hacen el trabajo”, siendo el Estado en sentido restringido un mero habilitador, responsable de la subsistencia y fomento del desenvolvimiento de la labor de las organizaciones.

Siguiendo el orden de las organizaciones analizadas en el punto anterior, comenzaremos con la mutual Biblioteca Vigil. De los datos obtenidos, surge que la misma, en su momento de apogeo, en los años 60

“tuvo una escuela, el museo de ciencias naturales más importante de la región, un observatorio astronómico, universidad popular, más de 20.000 socios activos, 600 empleados, un teatro popular, formación de cooperativas de trabajo y de vivienda, obras de mejoramiento de la infraestructura barrial, programas de alfabetización, consultorios médicos y odontológicos, equipos socio-pedagógicos, entre otras”⁵⁵

La mutual, mediante el financiamiento principal que obtenía a través de la venta de una rifa, creció exponencialmente durante los años 60 y se convirtió en una institución que, como nos dice el miembro de Comisión Directiva que entrevistamos, “derramaba derechos humanos, fue una potencia democratizadora en educación popular

55 Ver entrevista en anexo.

y participación genuina”. La entrevistada también nos explica que todo lo construido fue de manera “autogestionada”, “al costado el Estado” y que “desnuda lo lejos que se puede llegar a través de la solidaridad mutua”. A su vez, nos recalca que la garantización de derechos está dada no solo por la gestión social, la ayuda mutua y la prestación de servicios a la comunidad, sino también porque todo ello se realizaba con un sentido social que tenía como fin el acceso de aquellas personas que por su situación socioeconómica no hubiesen podido acceder en los términos del mercado ni de los entes estatales. En ese sentido, nos comenta que la cuota siempre tuvo un precio simbólico, y que las contraprestaciones de los servicios eran de acceso popular.

El proceso de intervención llevado a cabo por la dictadura cívico militar de los años 70 desarticuló la organización comunitaria, apresó a sus representantes y liquidó la mayoría de sus bienes. Recuperada la democracia, viejos socios se unieron y comenzaron un arduo trabajo de recuperación que, entre las instancias de reorganización y judiciales, se logró en el año 2008 con el cierre de la liquidación y la devolución de los bienes fraudulentamente liquidados. A partir de allí, la institución comienza a normalizarse, se convoca en asamblea y designa nuevas autoridades. Poco a poco comienza a reactivarse la biblioteca, “vuelve la rifa y estamos con más de 30 talleres artísticos recreativos y educativos con cuota muy baja, se recuperó el teatro que da espectáculos gratuitos para los vecinos, tenemos una editorial y pagamos lo sueldos de los talleristas”.

Los datos recabados en la entrevista a la representante de la mutual Biblioteca Vigil nos confirma la hipótesis de que una organización de la sociedad civil tiene la potencia y la potestad de hacer efectivos derechos humanos como la educación, la salud, la participación política, el trabajo, la vivienda o la cultura. La nota característica que consideramos fundamental está dada por el hecho de que se trata de una institución con fines públicos sociales, que no tiene fin de lucro y que se construye y mantiene a partir de la ayuda mutua y los lazos solidarios. Como institución de la sociedad civil, Biblioteca Vigil visibiliza y vehiculiza necesidades sociales, sistematiza una funcionalidad orgánica y produce dispositivos que expenden (“derraman”) derechos humanos, garantizando el acceso, uso y goce a los mismos, haciéndolos efectivos inmediatamente, y elevando el grado de eficacia de la normativa nacional e internacional. Una vez más, se verifica que, en la esfera de lo que llamamos “estado en sentido ampliado”, puede producirse una incidencia sobre la eficacia de una norma que manda a que el Estado tome medias positivas. En el caso de la Vigil, se produce

efectivamente el logro progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, con ello, de todos los Derechos Humanos entendidos como indivisibles e interdependientes.

Otras organizaciones que hacen efectivos el acceso, uso y goce de los Derechos Humanos son las asociaciones vecinales y los clubes sociales y deportivos. De los datos recabados se deduce que en el seno de estas instituciones se desarrollan actividades recreativas, deportivas y artísticas, que fomentan los lazos comunitarios, la inclusión y el encuentro social, la integración de la familia y la multiculturalidad. A su vez, desarrollan una pedagogía cívica y política fundamental, dado que se configuran como asociaciones democráticas, que debaten sus resoluciones en asambleas y designan sus autoridades de administración, fomentando la participación ciudadana. Los entes a los que entrevistamos, al igual que Biblioteca Vigil, se hacen de fondos de mantenimiento mediante aportes de cuotas societarias de precios accesibles, realización de festejos populares y aportes obtenidos por medio de ventas de rifas y otros métodos solidarios de financiamiento.

Del trabajo de campo también resultó la corroboración de la efectividad de derechos que producen las cooperativas de trabajo. En el caso de la Cooperativa Communitas, se deja ver cómo la organización de una asociación productiva sin fines de lucro es capaz de brindar el acceso, uso y goce del derecho humano fundamental de trabajar. A su vez, dado que Communitas es una cooperativa que presta servicios de salud mental, se verifica que también incide en la efectivización del derecho a la salud.

Hemos demostrado con estos sucintos datos que las mutuales, vecinales, clubes y cooperativas, así como otras organizaciones de la sociedad civil, poseen la capacidad sistémica y material de hacer efectivos derechos que el Estado en sentido estricto tiene la obligación de garantizar. Hemos demostrado que las organizaciones de la sociedad civil se configuran como sujetos claves de la realización del deber ser constitucional.

Por parte de aquellas asociaciones que se caracterizan más por su trabajo de incidencia indirecta (visibilización de necesidades y de promoción y fomento de soluciones), es preciso aclarar que también se desempeñan como efectivizadores directos de derechos, en su trabajo de brindar servicios de asesoramiento, información y contención en torno a las problemáticas que tratan (perspectiva de género, procura de la identidad de hijos de desaparecidos, diversidad sexual, contaminación ambiental, etc. según el tipo y finalidad de la organización).

Desde el punto de vista de la eficacia, como se explicó, emana de la norma positiva nacional e internacional la obligación de los estados de respetar y garantizar los derechos en cuestión. Ahora bien, como también se analizó, cuando los derechos no se hallan garantizados, el Estado tiene la obligación de poner a disposición todo su aparato con el fin prioritario de alcanzar mayores niveles de acceso, uso y goce, inclusive adoptando medidas positivas de carácter legislativo, judicial, administrativo, educacional, social, etc. Es menester remarcar esto dado que, en el caso de las organizaciones que hacen a este trabajo, se verifica que el accionar de las mismas (como integrantes del estado en sentido amplio) se presenta como un complemento del accionar del Estado (en sentido estricto) que aporta a aumentar el grado de eficacia de la normativa, por medio de la efectivización concreta de derechos.

Por esa razón, como desenvolvimos en el capítulo anterior, consideramos que las organizaciones de la sociedad civil deben entenderse como personas de carácter público, en la esfera del estado en sentido amplio. Por su parte, el Estado en sentido estricto (entes de la administración centralizada y descentralizada, asamblea legislativa, jueces, etc.) debe reconocer en estos entes a un “aliado” en pos de la plena eficacia de la normativa humanista, tomando medidas que potencien la incidencia demostrada, en una visión de estado más amplia y participativa. En el siguiente capítulo desarrollaremos esta cuestión.

Capítulo IV

CAPÍTULO PROPOSITIVO: MEDIDAS ESTATALES, ARQUITECTURA INSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.

Sumario: 1. Medidas locales facilitadoras y potenciadoras de la incidencia. 2. Arquitectura institucional y pensamiento situado: aportes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. 3. Hacia una democracia participativa en una concepción amplia de Estado.

1. Medidas locales potenciadoras de la incidencia: Como hemos verificado, las organizaciones de la sociedad civil producen incidencia tanto indirecta como directa sobre la plena eficacia de la normativa nacional e internacional de los Derechos

Humanos, entendida a la misma como la aplicación de los mecanismos previstos en aras de alcanzar el propósito de la efectivización de los derechos.

Mediante su incidencia indirecta, las organizaciones vehiculizan y visibilizan las necesidades sociales de cara a la comunidad, marcando el camino de acción a los entes estatales (en sentido estricto) . A su vez, mediante su incidencia directa, las organizaciones de la sociedad civil efectivizan derechos, aumentando el grado de eficacia de la norma, en tanto que producen un logro progresivo sobre derechos que no se hallaban garantizados por el estado.

Ahora bien, el hecho de que las organizaciones de la sociedad civil incidan sobre la eficacia de la norma y efectivicen derechos, entendemos que tiene su principal causa en la solidaridad mutua que las personas ejercen como contrapartida a las necesidades sociales insatisfechas. En ese sentido, frente a un cúmulo de derechos que no están garantizados, y frente a la praxis efectivizadora de organizaciones con fines públicos, se deduce que es obligación del Estado adoptar medidas que faciliten su labor a dichas organizaciones, por un lado, y que potencien progresivamente su incidencia, por otro, dando cumplimiento a la obligación de adoptar medidas positivas que garanticen el acceso, uso y goce de los Derechos, elevando el grado de eficacia normativa y de efectividad de derechos.

Las medidas estatales que tengan por objeto facilitar y potenciar la incidencia deben configurarse, tal como lo establece la Constitución y la normativa en materia de Derechos Humanos expuesta en el primer capítulo de este trabajo, como prioridad pública. Consideramos, sin cerrar la lista, que las siguientes medidas estatales son algunas de las más adecuadas a tales fines:

- Investidura de personalidad pública: como se explicó en el capítulo II, aún la doctrina tradicional administrativista señala la dificultad de entender a este tipo de organizaciones como entidades no estatales privadas. Mediante la investidura del carácter público, se estaría ejerciendo un reconocimiento adecuado a la labor social efectivizadora de derechos realizada por estas instituciones, ampliando la noción de Estado y abriendo un abanico legal jurídico de protección y fomento , por entenderlas asociadas directamente al interés general.
- Regularización de entidades: una medida estatal facilitadora de la incidencia es el fomento y asesoramiento administrativo con el fin de regularizar instituciones que no cumplimentan con requisitos formales básicos, con la organización democrática o con el respeto a los Derechos Humanos. Esta medida, lejos de

configurarse como un poder de policía arbitrario, debe estar al servicio de la formalización institucional, de la participación democrática y del respeto por los Derechos Humanos, claves para el funcionamiento de una institución social y pública.

- Creación de figuras jurídicas: Otra medida estatal facilitadora y potenciadora está dada por la confección de nuevos tipos de personas jurídicas que incluyan a los movimientos sociales que no alcanzan los niveles formales o de sistematicidad exigidos por las figuras existentes, o bien que los sobrepasan (como en el caso de la asociación civil que funciona como mutual y a la vez como cooperativa, etc). Tal laguna jurídica no existe porque los movimientos sociales no tengan trascendencia pública ni porque se sobrepasen en ella, sino que se deben más bien a una miopía del legislador. En este sentido, además de las figuras de asociación civil, simple asociación, mutual, fundación, cooperativa, sindicato, etc, deben formularse nuevos contenedores jurídicos (ya sea más simples o más complejos que los existentes) que vehiculen las necesidades sociales y no permitan que las manifestaciones sociales pierdan la oportunidad de institucionalizarse en aras de introyectar en el ámbito del estado otras formas de organización que incidan en la eficacia y efectividad de los derechos.
- Asignación de recursos públicos: una evidente medida potenciadora es la asignación periódica de recursos que permitan el mantenimiento de las organizaciones, así como la mejora progresiva en la calidad edilicia, institucional y en materia de recursos en general. Hoy en día, el carácter privado no estatal de este tipo de organizaciones implica que deban financiarse a sí mismas mediante el cobro de cuotas, suscripciones, venta de rifas, aportes privados, etc. Esta propuesta de asignación de recursos públicos implica la vinculación de estos entes al interés general, mediante la aplicación de partidas del presupuesto estatal destinadas exclusivamente a su fomento y potenciación. A su vez, permitiría una aplicación atenta a aquellas organizaciones con dificultad financiera o imposibilidad de sostenerse. La asignación de recursos junto a la investidura pública son medidas estatales adecuadas a la normativa nacional e internacional de Derechos Humanos, fijando a la institucionalización civil y su incidencia como prioridades públicas, cumpliendo la obligación que

tiene el Estado de adoptar medidas que garanticen el acceso, uso y goce de los Derechos.

- Inclusión en consejos diseñadores de la agenda pública: esta medida estatal incluiría fuertemente a las organizaciones de la sociedad civil en la coordinación con la esfera pública del Estado en sentido estricto. A través de su inclusión y de asignarles carácter vinculante a las decisiones en el marco de estos consejos, las organizaciones tendrían la potestad formal de diseñar la agenda de políticas públicas de, por ejemplo, un municipio.

Actualmente en la ciudad de Rosario existe una figura de asesoramiento de la intendencia, el Consejo Económico y Social que, mediante el diálogo y la convocatoria a organizaciones de la sociedad civil, elabora proyectos, establece objetivos y fija prioridades. En principio, dicho consejo es un ejemplo de lo que queremos desarrollar en este ítem como propuesta, sin embargo, tal como emana de los datos recabados en la entrevista realizada y en el estudio de la normativa reguladora, debemos marcar que aún debe mejorarse, ya que muchas instituciones quedan relegadas debido a no conocer dicha instancia, no haber sido convocados o no poder hacerlo por hallarse en situación de personalidad jurídica irregular o directamente no constituida. Además, el carácter no vinculante de las decisiones, si bien implica una señalización al Estado, también implica la posibilidad de que el mismo prescinda de “obedecer”.⁵⁶

A su vez, otra medida factible sería la del agrupamiento de dichos consejos planificadores, diseñadores, asesores y vinculantes por distritos o zonas geográficas, de manera que las organizaciones se interrelacionen por cercanía territorial.

En el siguiente punto abordaremos la cuestión de la arquitectura institucional, como método de organización constitucional que permita asegurar la permanencia e incidencia de las organizaciones de la sociedad civil. Lo haremos sobre el análisis de los aportes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en la materia.

56 Ver anexo entrevista.

2. Arquitectura institucional y pensamiento situado: Aportes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Como manifestamos en el primer capítulo de este trabajo, consideramos que los Derechos Humanos deben entenderse desde un pensar situado en una realidad social e histórica determinada. Es decir, sin relativizarlos y en diálogo intercultural permanente, el derecho latinoamericano debe asumir sus particularidades en torno a los procesos que hacen a su genealogía continental de los derechos. Solo a partir de allí podrá construir las estructuras adecuadas para la protección y garantía de los mismos.

También se viene desarrollando en este trabajo que las organizaciones de la sociedad civil cumplen una función pública clave para la comunidad. Institucionalizan los objetivos de los movimientos sociales, visibilizan las necesidades insatisfechas y, como se demostró, inciden directa e indirectamente sobre la eficacia de la norma y la efectividad de los derechos. Por esa razón, el esquema constitucional debe garantizar el funcionamiento regular de las mismas, fomentar su accionar y brindar herramientas de protección y de participación en la esfera pública estatal.

En el punto anterior, como propuesta, manifestamos la necesidad de la adopción de medidas que potencien la incidencia de las organizaciones, a saber, investidura de personalidad pública, la regularización de entidades, la asignación de recursos, la creación de nuevas figuras y la inclusión vinculante en consejos que diseñen la agenda pública. En este punto, intentaremos pensar en una arquitectura institucional factible, que responda a los procesos sociales de nuestro continente y que ubique a las organizaciones como actores públicos fundamentales.

Consideramos que una arquitectura institucional capaz de armonizar “constitución” y “realidad constitucional” es aquella que llevaron a cabo Venezuela, Ecuador y Bolivia en sus últimas constituciones (1999, 2008 y 2009 respectivamente), dando nacimiento a la noción de Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.⁵⁷ Decimos que es capaz de armonizar “constitución” y “realidad constitucional” debido a que, en lo que refiere a orgánica del poder, estas constituciones implementan figuras innovadoras de participación ciudadana, incorporan de manera vinculante a las organizaciones de la sociedad civil en el diseño de políticas públicas y determinan métodos de control social permanente.

57 MEDICI, Alejandro. “Otros nomos. Teoría del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. CENEJUS, UASLP, Aguascalientes / San Luis de Potosí. 2016.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que la participación ciudadana es fundamental para el desarrollo y ejercicio de la soberanía. Define como medios estrictamente políticos al referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la asamblea de ciudadanos y el cabildo abierto cuyas decisiones son vinculantes y, como medios sociales y económicos, a la autogestión, la cogestión, las cooperativas, empresas comunitarias y “demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”.⁵⁸

En su artículo 184, la constitución citada manda a crear mecanismos “abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos...”. A su vez, promueve la participación en formación de propuestas y control de inversiones, la creación de organizaciones generadoras de empleo y bienestar social “propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas donde aquellas tengan participación”.⁵⁹

La Constitución de la República de Ecuador de 2008 establece mecanismos de democracia directa, representativa y comunitaria. Entre los primeros, la iniciativa popular, el referendo, la consulta popular y la revocatoria del mandato; entre los segundos, la elección de representantes y; entre los terceros, los sistemas de veedurías, audiencias, asambleas, cabildos populares y observatorios que participan en el diseño y control de políticas públicas. En su artículo 85 *in fine* establece que “en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.”⁶⁰

A su vez, reconoce la incidencia que las organizaciones tienen en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos.⁶¹

Por su parte, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, en su artículo 241 establece que

“el pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada participará en el diseño de las políticas públicas, (...)ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones

58 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Arts. 62 y 70.

59 Ibidem. Art. 184.

60 Constitución de la República de Ecuador. 2008. Art. 85.

61 Ibidem art. 96.

públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales (...), se organizará para definir la estructura y composición de la participación y control social.”⁶²

A su vez, en Bolivia existe la Ley N°341 de Participación y Control Social, en consecuencia de la constitución. Su fin es consolidar la participación de las personas y comunidades en las cuestiones públicas, regulando mecanismos a tal fin y con el objetivo del buen vivir de las personas con la Madre Tierra.

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano implica una nueva visión de comunidad política organizada, que incorpora a la figura del pueblo y a la participación ciudadana como pilar fundamental, ergo, a las organizaciones de la sociedad civil, reconociendo su incidencia y dándoles lugar en la toma de decisiones, diseño de las políticas públicas y control de la administración y los poderes del Estado.

Consideramos que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano nos brinda fuentes jurídicas adecuadas para pensar un proyecto constitucional argentino que se halle situado en una realidad continental común, con base en la satisfacción de las necesidades populares propias de nuestra actualidad y con una arquitectura institucional que incluya a las organizaciones de la sociedad civil como instrumento público de eficacia y efectividad de Derechos Humanos.

Ello solo será posible mediante la creatividad de juristas y representantes de sectores políticos partidarios y de la misma sociedad civil, que proyecten la fijación constitucional de investidura pública y regularización de organizaciones, asignación de recursos, creación de nuevas figuras jurídicas y formación de consejos cuyas decisiones adquieran carácter vinculante sobre las políticas de Estado.

En el siguiente punto esbozaremos un enlace final hacia el concepto de democracia participativa.

3. Hacia una democracia participativa: En el presente capítulo nos hemos ocupado de exponer, a modo propositivo, posibles medidas estatales que faciliten y potencien la actividad de las organizaciones, entendidas como personas públicas directamente asociadas al interés social general.

En segundo lugar, y con el aporte del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, esbozamos una noción de arquitectura o diseño institucional capaz de

62 Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. 2009. Art. 241.

integrar a las organizaciones en una estructura amplia de estado, que les reconozca el rol cívico político que ocupan y les de lugar en la toma de decisiones, en lo que respecta al armado de la agenda pública y el control de las políticas públicas.

En este punto, propondremos el ejercicio de una democracia que enlace el carácter representativo con el participativo. Tomaremos como base el pensamiento político expuesto en obras de Enrique Dussel que iremos citando. En primer lugar, afirmamos, junto al mencionado autor, que la “representación se institucionaliza como delegación”, mientras que “la participación se ejerce en acto y puede institucionalizarse”⁶³.

La representación implica, en el sistema democrático, que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes, sobre los cuales pesa una carga, una delegación de lo que el pueblo pretende de ese representante. ¿Qué debe hacer el representante con esa carga?. Como se dijo en el capítulo anterior y, también bajo la influencia del pensamiento del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, adscribimos a la noción de “mandar obedeciendo”, principio emanado del ordenamiento jurídico boliviano, que implica que los representantes están obligados a obedecer aquello que el pueblo decida. Ahora bien, un diputado, o un gobernador, o un juez, a la hora de obedecer al pueblo que le delegó la potestad de representarlo, se halla frente a decenas de miles de personas, cientos de necesidades e intereses contrapuestos. Se halla “lejos de la realidad” concreta y palpable y, su accionar será legítimo o no según si es acorde al consenso popular o no.

El filósofo argentino señala que “la participación es una praxis comunicativa, es un ponerse en comunicación con los otros; es el momento relacional real del singular humano en su comunidad y la constituye como tal”⁶⁴. De manera que, en relación a las organizaciones de la sociedad civil, estamos en condiciones de afirmar que las mismas se configuran como reales entes que institucionalizan el ejercicio democrático directo participativo, en persona, sobre problemáticas concretas y cercanas.

La distancia existente entre el representante y la realidad concreta no halla actualmente un “intermediario”. Consideramos que la organización comunitaria es capaz de institucionalizar necesidades y, como se desarrolló en el segundo capítulo, configurarse como actor cívico político que “acerque” las necesidades del pueblo a sus representantes, “facilitando” aquello a lo cual éstos deben obedecer.

63 DUSSEL, Enrique. “Carta a los indignados”. La Jornada ediciones. México D.F. 2011. Pág. 28.

64 Ibídem. Pág 34.

El ejercicio democrático participativo enlazado con el ejercicio representativo implica una convivencia y comunicación de ambos sistemas, de manera que la persona ejerce su vida cívica política sufragando representantes que irán a ocupar los altos cargos del Estado en sentido estricto y, a la vez sufragando autoridades para su club, su vecinal, su asamblea barrial o la asociación en la que participa, de la cual “está siendo parte”. Dussel señala que la participación implica “poner su carnalidad concreta, su subjetividad comprometida, junto a otros miembros de la comunidad para dar existencia a la comunidad como tal”⁶⁵.

La participación de una persona en una organización no solo tendrá para ella un carácter beneficioso en tanto efectividad de derechos que hacen a su dignidad de vida cultural o económica, sino que también hará de vehículo institucional mediante el cual canalizará su subjetividad con otros y aportará a la construcción de la comunidad, haciendo efectivos derechos que hacen a su vida y desarrollo civil, político y comunitario.

En el punto anterior señalamos cómo, en los esquemas institucionales plasmados en las constituciones de los estados de Venezuela, Ecuador y Bolivia, la participación está institucionalizada y las demandas o necesidades deben ser planificadas en un diseño estructural en el que las organizaciones de la sociedad civil son actores claves del estado. Léase que no revisten el carácter de personas privadas, aunque se hallen fuera de la esfera del Estado en sentido estricto.

Para explicar el ejercicio del poder, Enrique Dussel distingue entre *potentia* y *potestas*. La primera implica el poder de la comunidad, que surge de la voluntad de vida, inherente al pueblo en tanto última instancia de la soberanía⁶⁶, mientras que la segunda refiere a las instancias de ejercicio de ese poder. Ahora bien, dijimos que el poder puede ejercerse mediante la instancia representativa y mediante la instancia participativa institucionalizada, en un sistema constitucional jurídico-político más complejo en tanto organización jurídica y política. Entonces, lo que Dussel llama “potestas” o “ejercicio del poder”, bien puede darse como poder delegado (en el parlamento por ejemplo) o como poder participativo (instituciones de la sociedad civil como un sindicato o una mutual).

El filósofo argentino propone un esquema mediante el cual el ejercicio del poder tiene una primera instancia participativa “demandante”, por medio de la cual los

65 Ibídem. Pág 35.

66 Ibídem. Pág. 41.

miembros de la comunidad expresan sus necesidades a través de las organizaciones; una segunda instancia representativa por medio de la cual los gobernantes que ejercen el poder delegado manejan las propuestas, “mandan obedeciendo”; y una tercer instancia participativa fiscalizadora, que controlará el cumplimiento por parte de las instituciones representativas de las exigencias y necesidades propuestas por la comunidad política.⁶⁷

Según el esquema expuesto, la participación es el principio y el fin. En ella, el poder se ejerce como poder soberano (se manda mandando), mientras que en la representación, el mismo se ejerce obediencialmente.⁶⁸

Consideramos necesaria la construcción de un tipo de democracia que enlace la participación y la representación, involucrando de manera más compleja a la ciudadanía y sus instituciones en la toma de decisiones que hacen a la comunidad toda, de manera tal que, situados en nuestra realidad latinoamericana, logremos encontrar un esquema institucional que responda a nuestros movimientos sociales, que esté plasmado en un proyecto político (la constitución) y que nos permita vehicular las necesidades insatisfechas para su satisfacción y, con ello, alcanzar la plena eficacia de la norma protectora de los Derechos Humanos pero, por sobre todo, la plena efectividad en el acceso, uso y goce de los mismos.

67 *Ibidem*. Pág. 43.

68 *Ibidem*. Pág. 45.

CONCLUSIÓN.

I. La noción que se tenga de Derechos Humanos depende de la perspectiva desde la cual se sitúe. La nuestra es la perspectiva latinoamericana, signada por un bajo grado de realización constitucional y por la imposición colonialista. Desde esta perspectiva entendemos y analizamos al derecho positivo vigente como medio para la realización de la efectividad de los derechos, en tanto emancipación y satisfacción de necesidades que hacen a la producción y reproducción de la vida en dignidad, entre humanos y con la naturaleza.

II. Existen tantos movimientos sociales como necesidades. Las organizaciones de la sociedad civil son actores cívico-políticos que vehiculizan dichas necesidades sociales y coadyuvan esfuerzos entre sí y con instituciones del Estado.

III. Como tales, desde la perspectiva política las organizaciones de la sociedad civil conforman, junto a las organizaciones de la sociedad política, el “estado en sentido amplio”, en tanto que poseen sistematicidad institucional, expresan voluntad y participan del poder. Las organizaciones de la sociedad política y los entes estatales propiamente dichos (función formal legislativa, ejecutiva y jurisdiccional) configuran el “Estado en sentido estricto”.

Desde el esquema jurídico de nuestro ordenamiento, las organizaciones están reguladas como personas privadas no estatales mas, por su carácter social y político, deben ser revestidas con personalidad pública.

IV. Las organizaciones producen incidencia sobre la eficacia de la norma de Derechos Humanos y sobre la efectividad de los mismos. De manera indirecta lo hacen visibilizando las necesidades sociales y promoviendo acciones del Estado para su satisfacción. De manera directa lo hacen efectivizando derechos, satisfaciendo necesidades mediante su labor como organización.

V. Lo verificado sobre la incidencia que producen las organizaciones sobre el acceso, uso y goce de Derechos Humanos obliga a proyectar un sistema de democracia que enlace la representación y la participación, basado en una arquitectura institucional que incorpore a las organizaciones de la sociedad civil

como protagonistas en la tarea efectivizadora de derechos junto al Estado (en sentido estricto) como actor facilitador y potenciador.

BIBLIOGRAFÍA

- BUENO DE CARVALHO, Amilton. “Direito alternativo na jurisprudencia”. Editorial académica, Sao Paulo.
- CARBONELL, Miguel. “Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.”. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Madrid, 2007.
- CLAVERO, Bartolomé. “Derecho Global. Por una historia verosímil de los Derechos Humanos”. Trotta, Madrid, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”. Consultado el 21/5/2017. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/la-justiciabilidad-de-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-en-el-plano-internacional.pdf>
- COURTIS, Christian. “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2008.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. “Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas”. Editorial M.A. Porrua, 1992.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal”. CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad”. UNIANDES, Universidad de los Andes, 1998.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Una epistemología del sur. La reinención del conocimiento social y la emancipación social”. CLACSO, Siglo veintiuno editores, 2009.

- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Reinventar la democracia. Reinventar el Estado”. Abya Yala. Quito, 2004.
- DUSSEL, Enrique. “1492. El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad”. Plural Editores. UMSA, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. La Paz, 1994.
- DUSSEL, Enrique. “Política de la liberación. Volumen II. Arquitectónica” Editorial Trotta. Madrid, 2009.
- DUSSEL, Enrique. “Carta a los indignados”. La Jornada ediciones. México D.F. 2011.
- GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 9”. 1º edición. Bs. As. FDA, 2014.
- MEDICI, Alejandro. “Otros nomos. Teoría del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. CENEJUS, UASLP, Aguascalientes / San Luis de Potosí. 2016
- MEDICI, Alejandro. “La Constitución Horizontal”. Centro de estudios jurídicos y sociales Mispató, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, Educación para las Ciencias en Chiapas, Aguascalientes, San Luis Potosí, San Cristóbal de las Casas, 2012.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. “Tesis: Derechos Humanos desde el paradigma latinoamericano de la liberación”. Universidad Carlos III de Madrid, 2011.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. “Fundamentación de derechos humanos desde América Latina”. ITACA, Universidad Autónoma de San Luis Potosí. San Luis Potosí, 2013.
- SÁNCHEZ RUBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín y CARVALHO, Salo (Coordinadores). “Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica”. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2002.
- WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito”. Alfa Omega, segunda edición, Sao Paulo, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo”. Ediciones Madres de Plaza de Mayo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

Anexo I

ENTREVISTAS

A) Entrevista a Natalia García, miembro de Comisión Directiva de la mutual “Biblioteca Vigil”.

Entrevistador: Historia y características principales de la Vigil.

Natalia: Vengo siendo parte de su recuperación desde el 2004, momento en el que se formó una asamblea de socios por la recuperación. Es una historia inédita porque es una organización popular barrial pero con una capacidad financiera única en América Latina

Decir “biblioteca” es reducirla a uno de sus tantos espacios, ya que tuvo escuela, museo de ciencias naturales, observatorio astronómico, universidad popular, 20.000 socios y trabajaron más 600 personas en sus épocas de apogeo en los 60.

Arranca en el 59, se independiza de la vecinal de la que nace y crece exponencialmente a partir de un recurso financiero que encuentra que es la rifa de la Vigil, que se vende en toda la provincia, con una comisión que se mantiene estable durante 15 años, con relación de confianza y transparencia con sus socios. Tenía 30 hectáreas frente al Río Paraná.

En los años 70 es intervenida por la última dictadura cívico militar, por la marina y por escribanos, abogados, contadores (cívico militar) y se inicia una liquidación patrimonial sin precedente. 60000 libros quemados, arrase, saqueo, etc que hoy se enmarcan en delitos económicos imprescriptibles y la detención ilegal de 8 personas miembros de comisión directiva que son llevados a un centro de detención clandestino. Hay una doble dimensión de los delitos contra las personas y contra el patrimonio. Sostenemos que la figura delictiva es “genocidio cultural”.

La dictadura destruye la vigil, más de 40 inmuebles que tenía. La democracia sostiene esa destrucción. Recuperada la democracia, muchos funcionarios seguían siendo funcionarios y la agenda de los derechos humanos no estaba actualizada. La vigil es parte de la actualización de esa agenda. En 2004 se intenta recuperar, pero la liquidación sigue vigente 30 años y es muy difícil jurídicamente retrotraerla. Recién En el año 2012 se firma un convenio con la provincia, ya que como ultimo acto de saqueo, en el 82 todos los inmuebles que sobreviven (manzana Alem y Gaboto, escuela de calle Ayacucho, colonia en Gálvez, etc) pasa a la provincia. El estado es comprador y

vendedor al mismo tiempo. Muchos inmuebles ya se habían subastado, ilegalmente también ya que ni siquiera si vendieron a los sitios que el estatuto preveía.

En el 65 se vuelve una mutual porque era la única figura que la contenía (antes era asociación civil). La Vigil fue un desaparecido institucional. El numero de personería jurídica es el mismo hoy en día.

E: La mutual y los Derechos Humanos.

N: El período de recuperación iniciado en 2004 hace cobrar materialidad el discurso de los derechos humanos. Se combina el imaginario que en general se tiene, en el sentido que adscribe a la defensa irrestricta de un estado de derecho y la sanción a los responsables, (memoria verdad y justicia), se aferra a eso en la recuperación. El ciudadano común no relaciona derechos humanos con vida cotidiana, cree que tiene que ver con organizaciones políticas. Está claro que los derechos humanos no se ponen en juego de igual manera según el período histórico. En el caso de la vigil hubo 3 momentos. Previo a la dictadura es un enorme derrame de derechos humanos, fue una potencia democratizadora en educación, participación política (comisión y 20000 socios) de base, educación popular genuina. Siempre se encuentra el mismo camino, un socio presentaba un proyecto y la comisión lo armaba. El museo de ciencias naturales nació así y fue el más importante de la región. El teatro también se formó así, una sala de teatro, una carrera de teatro en la universidad popular. Inquietud popular y valorización de la palabra de los ciudadanos acompañado de la motorización financiera. Todo esto no se hace al costado del estado pero sí por fuera, autogestivamente, desnuda lo lejos que se puede llegar mediante la solidaridad mutua, la enorme capacidad colectiva. Garantiza muchos derechos con gente que accede a la vivienda por primera vez, se mejora la infraestructura barrial mediante obras, el acceso a la escritura, alfabetización, la proyección sobre los que no podían acceder a una educación de calidad. La gente del centro empieza a ir a la vigil por la calidad educativa, gratuita laica, doble escolaridad, equipos socio pedagógicos, medico odontológico. Derechos garantizados para una educación de calidad. Colecciones de libros gratuitos. La historia de vigil es un derrame de derechos humanos hasta el 77

Después se avasalla.

E: Actualidad de la Vigil.

N: Desde el 83 hasta el 2004 e siguió liquidando en democracia, an permanecían prohibidos los miembros antiguos de comisión directiva. Hubo que sacar el peso de los decretos dictatoriales. Desde el 2004 hasta el 2012 se intenta salir de la situación en la que queda y se intenta recuperar desde memoria verdad y justicia delitos, causa y juicios. Para volver a los derechos fundamentales pero primero sobre esa linea, par responsabilizar al estado

En 2008 se cierra la liquidación. Recuperada la vigil (que es un proceso permanente), se normaliza, presentan listas, se arma una nueva comisión, se devuelven muebles e inmuebles que sobrevivieron. Todo esto se da en el 2013, hace 5 minutos, y se declara como sitio de memoria en 2015.

De a poco se puso en vigencia la biblioteca, vuelve la rifa, y estamos con más de 30 talleres artísticos recreativos educativos con cuota muy baja. ADPH se sumó con un local que da asesoramiento jurídico gratuito a los socios. Se recuperó el teatro que da espectáculos gratuitos ara los vecinos. Todo eso es volver a la idea primigenia en cuanto a derechos humanos fundamentales de educación y cultural popular, de calidad y accesible a todos los sectores sociales. Gran organización que derrama derechos humanos. Memoria + derechos culturales, etc.

E: Financiamiento

N: Todos los que trabajan alli, como talleristas, etc, trabajan remunerados, legalmente, financiado autogestionadamente. Son 3 recursos: la rifa, la cuota que es de 50p simbólica, y lamentablemente el principal ingreso son los alquileres de la provincia, ya que los inmuebles que fueron liquidados en su momento ahora volvió al patrimonio de la vigil pero en esos inmuebles funcionan dependencias provinciales (escuela de teatro y cine, etc).

Hoy direccionamos solo sala teatral, talleres, biblioteca y editorial. Las dependencias provinciales siguen funcionando, no vamos a ser tan ridículos de privatizar.

E: Relación con el Estado

N: Nos vimos muy beneficiados por las políticas de estado de memoria verdad y justicia pero en el 2015 esto tuvo un final muy abrupto.

No somos llamados ni convocados a ninguna mesa provincial ni municipal. En general uno tiene que acercarse para solicitar algún programa o subsidio, pero no somos convocados para formular ninguna agenda de trabajo. Hay buenas relaciones

institucionales pero las organizaciones sociales no son tenidas en cuenta para formular agenda de políticas públicas. Solo nos convocaron por el tema de los talleres que dicta la municipalidad, nos mandaron dos talleres de verano.

Hay muchas relaciones a nivel universidad.

Nos cuesta acceder a líneas ligadas a oficios. Antes de 2015 estábamos más ligados al estado nacional en relación a programas de oficios en el ámbito del min de trabajo Con la provincia siempre nos falta algo.

E: Participación del barrio.

N: La participación suele nuclearse en pocas personas. Incluso en instituciones como vigil que es histórica y hay gente comprometida, hay un imaginario de que las personas que participan son usuarios “yo vengo a hacer el taller y me voy”, cuesta mucho desterrar esta imagen. En vigil mismo es difícil que los socios se hagan valer como actores, como plenos derechos de socios de una organización, se mueven y usan la institución más como usuarios que como asociados actores. Como un derecho. Estamos lejos de eso. Es un trabajo pedagógico enorme. Que el asociado internalice la importancia de la asamblea, órgano fundamental de decisiones importantes. Es esta democracia de baja intensidad que decía Odonell .

La vigil es hija del movimiento asociacionista del período entreguerras, en los 50, barrio Tablada, de identidad peronista, cómo en un período de proscripción se genera en la periferia una sociedad política que anida en estos espacios. Hay un mito romántico del nacimiento de la vigil, un carbonero que a fue haciendo de a poco, que existía, pero en realidad fue un movimiento reflejo de una identidad y de una realidad política clave para la institucionalidad, producto de un conflicto social. No fue una entelequia. Una sociedad política que no encontraba voz ni voto y empieza a generar su política en los márgenes. Cuando nos vemos cercenados en nuestros derechos nos juntamos con el otro en participación activa. Ahora desde el discurso parece que tenemos too garantizado pero hay una gran pereza intelectual, individualismo , no participación ciudadana. Nos cuesta desterrar un imaginario que en los 90 se fomentó.

E: ¿Por qué una mutual?

N: La vigil podría tener otra figura jurídica que no sea una mutual, fue en su momento una necesidad institucional, pero los nuevos contextos podrían marcarnos una nueva figura. Hoy las mutuales son más financieras. La vigil abrazó la idea de mutual por una idea de cooperativismo, no solo le cierra jurídicamente sino que comulga

ideológicamente. Hoy tenés que salir a distinguirla de otras mutuales. La vigil sostiene el mejor legado del mutualismo. Hay una variopinta situación de ONGs que dan que pensar. No creo que sea solo una cuestión de formas sino de contenido y de relaciones fecundas entre las diferentes instancias del estado, no solo políticamente correcto.

En la vigil hay etapas que cerrar, los delitos que se cometieron contra ella. Son situaciones presentes, testimonios desgarradores. Hay que cerrar el capítulo pero estamos todavía en transición. Estamos al mismo tiempo querellando en los juicios y dándole una mano al pibe que da apoyo escolar. Conviven esas dos cuestiones de esferas de derechos humanos.. Debe avanzarse en lograr justicia para ir a otro horizonte. Pero está claro que el presente es lo que nos convoca.

B) Entrevista a Gabriela Durruty. Abogada querellante en juicios por delitos de lesa humanidad, representante por parte de la organización Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH). Miembro del Museo de la Memoria de Rosario.

Entrevistador: La eficacia/efectividad

Gabriela: EL siglo XX fue el siglo de la positivización de los derechos. El siglo XXI trajo el desafío de efectivizarlos. Yo actué en representación de colectivos de sobrevivientes y de OSC (tres organismos de derechos humanos) en juicios de lesa humanidad. Hemos posibilitado modificaciones que el legislador nunca había pensado, como por ejemplo en materia del proceso penal en delitos de lesa humanidad en los que hemos participado: los testigos por regla no pueden escuchar el relato de otros testigos, pero nosotros pudimos lograr que se les permita, ya que la reconstrucción de la memoria es un proceso colectivo. Además, cuando entraban a declarar logramos que aguarden junto a un equipo de psicólogos y también logramos que puedan ingresar a declarar junto con el psicólogo; también permitirles jurar por sus creencias, lo cual implica una cuestión simbólica importantísima y un empuje por parte de organizaciones de la sociedad civil sobre el proceso penal. Otro ejemplo es que los testigos se sientan de espalda a los defensores y mirando al tribunal: nosotros hicimos un planteo de que de esa manera se reproducía el esquema de la tortura, por lo cual el tribunal comenzó a tomar la iniciativa de preguntarle al testigo si quería declarar de costado. Como esos hay

un montón de ejemplos de avances que en la práctica judicial se fueron dando empujados por organizaciones sociales, cuestiones que no se logran con buenos abogados, sino con el empuje de las organizaciones.

También, antes de la reforma del código, logramos formular querrela por parte de organismos de derechos humanos, lo cual se consolidó como una creación pretoriana jurisprudencial.

E: La incidencia de las OSC sobre la efectividad de los Derechos Humanos

G: El caso emblemático en nuestro país es el de abuelas y madres de plaza de mayo y los organismos de derechos humanos en general que han luchado y trabajado por memoria, verdad y justicia.

Como te decía antes, los avances que logramos mediante la querrela en el proceso penal.

Existen organizaciones reguladas a nivel nacional y provincial, pero a nivel municipal no hay ninguna figura de asociación o personería. Ello es una gran laguna, ya que lo local debe tener más preponderancia en materia de organización.

Hay muchas organizaciones que no tienen una regularización jurídica porque no se pueden encuadrar en las figuras básicas. En las querrelas, por ejemplo, hemos representado a familiares de detenidos y desaparecidos, que no tienen personería en santa fe porque no se consideran una asociación civil. Pienso que debería haber otras figuras que comprendan otro tipo de organización o movimiento social. Nosotros en este caso terminamos actuando como abogados representantes de particulares, cuando en realidad estábamos representando a una organización de la sociedad civil.

Deben ampliarse las medidas de democracia directa, acciones públicas desde espacios no estatales.

C) Entrevista a Claudio Aldao, presidente del Club Social y Deportivo General San Martín (Valentín Gómez 3765, barrio La Florida, Rosario).

Entrevistador: ¿Cómo se administra un Club?

Claudio: Durante el último año, las gestiones administrativas del Club se focalizaron en la continuación del proceso de normalización iniciado en 2014, para lo cual se trabajó junto a la Dirección de Clubes de la Municipalidad de Rosario y con la Secretaría de Deportes dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Santa Fe. Específicamente, el club fue receptor de asesoramiento y apoyo institucional, y los mencionados órganos se nutrieron de la particular experiencia de recuperación, resignificación y normalización de nuestra entidad.

Además, se ha articulado con concejales de la ciudad de Rosario y de la ciudad de Granadero Baigorria quienes, en líneas generales, han brindado su apoyo y asesoramiento social y político.

Durante la primavera del 2016 el Club Social y Deportivo General San Martín se convocó a deliberar en Asamblea. Fue la primera vez en las últimas décadas que se realiza, ya que hacía treinta años que no pasaba

Se designaron a las autoridades que conforman la actual Comisión Directiva y se aprobó la reforma integral del Estatuto, el cual actualiza los estándares jurídicos de la asociación civil e introduce regulaciones que fortalecen los pilares socioculturales y la organización comunitaria. A su vez, la realización asamblearia configuró el puntapié del trámite de autorización e inscripción presentado a IG PJ en miras de obtener el certificado de subsistencia que le permita a nuestra entidad adquirir derechos y contraer obligaciones formalmente como tal.

Para lograr la convocatoria y realización de la mencionada Asamblea, debieron coadyuvarse esfuerzos provenientes de socios y vecinos del barrio, con más o menos experiencia institucional y/o administrativa, pero convocados por un fin social, cultural, participativo, popular e inclusivo. Las reuniones normalizadoras se llevaron a cabo pública y semanalmente en el Club y se trabajó en la cancelación de viejas deudas del inmueble, en el empadronamiento de asociados, en la articulación con la administración pública municipal y provincial y en el fortalecimiento cultural y deportivo mediante talleres, actividades y jornadas.

E: ¿Qué actividades sociales, deportivas y culturales se realizan?

C: En este punto es necesario aclarar que todos los concurrentes que realizan una actividad tienen la obligación de asociarse al Club. Sin embargo, debido al carácter

inclusivo del Club, debe garantizarse que nadie quede afuera, de manera que todas las actividades del Club brinden el beneficio de excepción, mediante el cual los concurrentes que demuestren no poder pagar la cuota (conforme a la reglamentación estatutaria y con el seguimiento social correspondiente) no se pierdan de la actividad deportiva y social.

En el club hay una escuela de fútbol, de danza, de patín, se practica bochas y hay un taller de murga (percusión y danza). Asisten cerca de 100 niños y adolescentes, muchos de ellos con diversas problemáticas sociales y económicas, que encuentran en el Club una contención social, cultural y deportiva. Además, la escuela secundaria del barrio hace su actividad de educación física en nuestro club, por lo que tenemos un contacto directo permanentemente con esa otra institución y trabajamos en conjunto.

E: ¿Cómo se mantiene financieramente el Club?

C: El financiamiento principal está dado por la cuota societaria de 30p mensuales y por el canon que se le cobra al bufetero por la concesión del mismo. Además, cada tanto se realiza algún festejo, como un baile, milonga, peña folclórica o mate bingo, donde se convoca al barrio y se puede hacer un extra para financiar el mantenimiento del club.

Anexo II

OBSERVACIÓN PARTICIPANTE

A) Informe de observación participante realizada en Asociación Vecinal La Florida.

La Asociación Vecinal La Florida es una institución vecinal constituida como asociación civil en el barrio La Florida de la zona norte de la ciudad de Rosario.

Mediante el trabajo de observación participante realizado durante los meses de marzo a septiembre de 2017 se recabaron los siguientes datos:

- la institución tiene, por estatuto, un rango territorial y solo pueden asociarse a ella aquellas personas que vivan en un radio que está marcado por lo que corresponde al barrio La Florida
- Actualmente tiene un cúmulo de alrededor de 200 socios y se abona una cuota de 30 pesos.
- Anualmente la asociación realiza una asamblea ordinaria y cada un mes una reunión de comisión directiva en la que participan también talleristas y responsables de las diferentes áreas de la vecinal.
- Actualmente la misma realiza diversas actividades: talleres culturales y educativos (música, danza área en telas, gimnasia, yoga, reiki, encuadernación artesanal y cómic), asesoramiento jurídico gratuito, presta el espacio para el funcionamiento de un centro de salud municipal, alquila el espacio para el funcionamiento de un jardín de infantes, de un consultorio odontológico y de uno psicológico. A su vez, abre sus puertas para el dictado de talleres municipales.
- Regularmente abre sus puertas para la realización de jornadas, charlas y festejos que sirven para la difusión de temas de actualidad y a la vez como medio de financiamiento para el mantenimiento de la institución.
- A su vez, la vecinal hace de asidero para numerosos reclamos de vecinos en torno a las veredas, luminarias y las problemáticas urbanas y sociales en general, que la vecinal vehiculiza haciendo los reclamos correspondientes.

- También la vecinal se relaciona con otras instituciones del barrio como las escuela, los centros de salud, el centro de integración comunitaria, el club y otras asociaciones civiles de la zona, coadyuvando esfuerzos y estrategias comunes.

«Gestación por Sustitución»

Alumno: Ana Flocco

Director: Dr. Juan José Bentolila

Capítulo I

Gestación por sustitución.

Las técnicas de reproducción humana asistida son los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. La ley 26.862, que regula la cobertura de los procedimientos en nuestro país, las clasifica en técnicas de baja complejidad o de alta complejidad y pueden ser homólogas –cuando se utilizan gametas de la propia pareja- o heterólogas –cuando intervienen gametas aportadas por un tercero. La TRHA son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye: la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.

Ahora bien la “gestación por sustitución” es el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes”

Se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes.

En nuestra doctrina, así como en el Anteproyecto del CCC presentado, se utiliza la denominación “gestación por sustitución” en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. La palabra “subrogada”, por su significado, se asocia con aquellos supuestos en los que la

gestante aporta ambas cosas: gestación y material genético.

En la “gestación por sustitución” identificamos la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional, y la maternidad social, originada por el acceso a TRHA, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental.

La admisibilidad de la “gestación por sustitución” y las consecuencias jurídicas que ésta proyecta en cuanto a la determinación de la filiación dan cuenta, nuevamente, de una tensión latente entre dos principios presentes en forma recurrente en materia de fertilización asistida: la verdad biológica, como derecho a la identidad en un sentido estático, y la voluntad procreacional, como un aspecto del derecho a la identidad en su faz dinámica. Tensión que debe resolverse a la luz de otro principio constitucional que impregna de contenido las relaciones derivadas de la filiación: el interés superior del niño

En esta técnica de reproducción humana, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada “voluntad procreacional”. Esta es “la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio o de tercero, pero acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos, y rompe con arraigadas reglas. En efecto, “desde los tiempos más remotos, la determinación de la maternidad ha encontrado su fundamento en los adagios romanos “partus sequitur ventrem” (el parto sigue al vientre) y “Mater Semper certa est” (la madre siempre es cierta), que importa suponer que la maternidad se acredita por el parto de la mujer o, en otras palabras, que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) atribuye “ipso jure” la maternidad.

1. Situación en Argentina.

a. Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

En el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación¹ se adoptó, como hemos mencionado, la expresión “Gestación por Sustitución” para referirse a esta práctica.

¹ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comisión de Reformas Decreto 191/2011.

La Gestación por Sustitución puede ser definida según una concepción contractualista como un contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación mediante técnica de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos.

Si analizamos estas prácticas desde otra óptica se la puede considerar como un procedimiento de técnica de reproducción médicamente asistida por medio del cual una persona, denominada “gestante”, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja denominada comitente/s con quien/es la gestante posee lazos afectivo». Esta concepción es la más aceptada en nuestro país.

Al seguir con esta cuestión, nos encontramos que existen tres posiciones bastantes definidas que se adoptan respecto a la gestación por sustitución. Los países pueden optar por la abstención, prohibición o regulación de esta práctica. Argentina adoptó una posición abstencionista porque a pesar de que estaba en el Anteproyecto del CCC, al ser este Código aprobado no se incluyó esta práctica. En el mencionado Anteproyecto, la filiación quedaba determinada entre el niño nacido y el o los progenitores procreacionales mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los mentados y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El art. 562 proyectado establecía: “El consentimiento previo, informado y libre de todas las personas intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredite que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer, b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica, c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos, d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término, e) la gestante no ha aportado sus gametos, f) la gestante no ha recibido retribución, g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces. Los centros de

salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

De este artículo se desprende que previamente a la gestación en sí, al embarazo, debe solicitarse una autorización judicial. Esta intervención fue regulada en el proyecto, a los efectos de que principalmente: 1) se verifique que se reunieran los requisitos que permitieran vislumbrar que no habría inconvenientes; 2) se verifique que la decisión fuese acorde al interés superior del niño; y 3) se garantice la filiación de quienes provocaron ese embarazo sin que pueda haber margen de especulaciones o abusos. Asimismo, este artículo también dispone una serie de requisitos legales a cumplimentar y aclara que también debería cumplimentarse con los solicitados por alguna ley especial, si esta existiese.

En fin del Anteproyecto al regular la gestación por sustitución, era tomar los cuidados para que se respeten los derechos y garantías de todos los participantes de esta práctica.

Con respecto al niño por nacer, el juez deberá evaluar la idoneidad de los comitentes a los fines de concederles la autorización correspondiente, en virtud del resguardo del principio más importante, el del interés superior del niño.

Los padres procreacionales o los también llamados comitentes, coherente con el espíritu plural e inclusivo, en un marco de respeto y promoción del derecho a una progenitura libre y responsable es que el codificador admite la posibilidad de constituirse como comitente a cualquier persona, sin ningún tipo de discriminación, siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos.

El primero de ellos es que al menos uno de ellos aporte sus gametos. Se estima al respecto que la futura legislación debería contemplar la posibilidad de recurrir a la donación de gametos de terceros ante supuestos excepcionales, como por ejemplo, cuando una persona decida conformar una familia de tipo monoparental y no cuente con material genético apto para tal cometido; ello se hace extensivo al caso de parejas en las que ambos integrantes se encuentren en la situación descripta.

El segundo requisito es que se encuentren impedidos de concebir o llevar un embarazo a término. Esta limitación reposa en la idea del carácter restrictivo de la práctica, debiendo solo resultar posible ante supuestos de infertilidad médica o imposibilidades fácticas-estructurales (tal es el caso de parejas igualitarias de varones u hombres solos). De esta manera se invalida la posibilidad de una gestación por sustitución debido a motivos estéticos o laborales.

Y con respecto a la gestante, también se toman los recaudos en el Anteproyecto para resguardar su integridad física y psíquica. En éste se busca garantizar a estas mujeres en la posibilidad de otorgar su consentimiento en forma previa a la gestación, libre e informada, todo esto con la ayuda de un gabinete interdisciplinario.

También se incluyen una serie de requisitos para poder cumplir con este fin. Se exigía que la gestante gozara de un buen estado de salud psicofísico, que no haya proporcionado su propio material genético (para evitar compartir carga genética con el niño por nacer, disminuyendo así la posibilidad de ulteriores retractaciones); haber dado a luz al menos a un hijo propio; no se hubiese sometido a este procedimiento más de dos veces; y que no se reciba retribución alguna.

Asimismo, el artículo también describe el proceso judicial a seguir para poder realizar esta práctica. Este proceso consta de dos instancias. Una de ellas es la homologación judicial, en donde la gestante y los comitentes otorgan su consentimiento previo, libre e informado ante el magistrado competente. Y la siguiente es la propia autorización judicial. En esta etapa, el juez deberá constatar en primer lugar la efectiva cumplimentación de los recaudos legales exigidos, para luego dar su conformidad, quedando así habilitados para proceder a la implantación del embrión en la gestante.²

Debido a la presión de varios sectores de la sociedad y el gobierno, se suprime del texto definitivo del Código Civil y Comercial de la Nación³ esta figura bajo el pretexto de que encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo e interdisciplinario.

² Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, “Regulación de la Gestación por sustitución”, en L.L 2012.

³ Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994.

Esto resulta poco beneficioso ya que la normativa del anteproyecto contemplaba todos los recaudos necesarios para garantizar antes de la implantación del embrión en la gestante los derechos humanos y fundamentales de las personas involucradas, en lugar de acudir a su posterior judicialización. Esto daba a la gestación por sustitución una gran seguridad jurídica.

Esta autorización y control previo de la práctica permitía dejar atrás las ficciones jurídicas a las cuáles se recurría. Se evitaba interponer una impugnación de maternidad contra la gestante, seguida por una acción de filiación u otro tipo de estrategias procesales que nada tienen que ver con la realidad de estas familias. Asimismo se protegía el derecho a la identidad de la persona por nacer, permitiendo que ésta sea inscripta en el Registro con su correcto vínculo filial.

Ahora bien, no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución "significa una contradicción global con el régimen normativo argentino", porque la voluntad procreacional guarda afinidad con la ley 26.529 de Derechos del Paciente, cuyos arts. 1º y 2º señalan a la autonomía de la voluntad (art. 2º inc. e). También se señala como relevante la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda "decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos" (art. 3º, inc. e), exige el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (art. 3º, inc. g), en tanto hay violencia sexual contra ellas cuando no pueden decidir voluntariamente acerca de su vida sexual y reproductiva (arts. 5º, inc. 3º, y 6º, incs. a, d y e) ⁴

b. Gestación por sustitución. Su aplicación actualmente en Argentina.

La gestación por sustitución es una realidad, existe -con distintas formas y alcances- en un número creciente de países del mundo y en Argentina.

En nuestro país encontramos numerosos planteos judiciales en los que se ha pretendido el reconocimiento o validez de gestaciones por sustitución realizadas en el exterior, como así también en el país, y así cómo esta fuerza de la realidad constituía

⁴ "B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación", Juzgado Nacional Civil N.º 8, Ciudad de Buenos Aires, 20/9/2016

una de las principales razones para su regulación en el Código Civil y Comercial, se sigue presentando hoy como argumento contundente en ese sentido. Dicha exclusión no evita que el fenómeno suceda, sino que, por el contrario, lo deja fuera de la posibilidad de contralor uniforme que el proyecto preveía.

Al no estar prohibida esta figura y al no encontrarse legislada, continúa la gran incertidumbre que genera para todas las personas comprometidas en la gestación por sustitución la intervención judicial posterior al alumbramiento, dependiendo del criterio que adopte cada juez, cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con los comitentes.

Esta temática debe analizarse desde la óptica de la Ley Nro. 26.682 de Fertilización Asistida, su proyección constitucional y convencional y específicamente conforme los estándares jurídicos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “A. M. y otros vs/ Costa Rica” en la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 en el que sostuvo que la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida viola los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En tal sentido, lo cierto es que desde la necesaria mirada del derecho constitucional y convencional privado que imponen los arts. 1 y 2 del CCyC, la solución que se adopte para resolver “los casos” que se plantean a los jueces, no debe perder de vista los principios emergentes de la constitución, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y las recomendaciones y sentencias de los organismos internacionales creados por dichos instrumentos.

Al analizar esta temática, debemos adentrarnos en la regulación del CCC.

El Título V "Filiación" del Libro Segundo "Relaciones de familia" del CCyC, se divide en 8 capítulos en los que se integran las reglas aplicables a la cuestión filiatoria. El capítulo inicia con el reconocimiento de una tercera fuente filial: mediante técnicas de reproducción humana asistida (THRA) la que se suma a la filiación por naturaleza y por adopción, asignando identidad de efectos a cualquiera de ellas sea en el ámbito matrimonial o extramatrimonial (art. 558).

Respecto a la atribución de la maternidad en el actual derecho argentino y la

inscripción del nacimiento, al igual que en el Código derogado tras la sanción de la ley 23.264, la determinación de la maternidad en la filiación por naturaleza se fundamenta en los adagios romanos “partus sequitur ventrem” (el parto sigue al vientre) y “mater semper certa est” (la madre siempre es cierta), que importan suponer que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) atribuye ipso iure la maternidad. Se trata de un supuesto de determinación legal de la filiación que se centra en el presupuesto biológico (art 565).

Ahora bien, uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las TRHA gira en torno al lugar secundario que ocupa aquí el dato genético. Es tan así que el actual art. 562 CCyC deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja, siendo ésta una de las diferencias sustanciales entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA. Esta normativa es básica porque permite determinar el vínculo filial con toda persona que preste el debido consentimiento con los requisitos que prevé el CCyC, sin importar el estado civil de la persona que se somete a las TRHA. Se reafirma aquí que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en el modo que lo indican los arts. 560 y 561 CCyC, y siempre que se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin importar que ambas personas, una de ellas o ninguna haya aportado sus gametos.

Esta regulación permite en consecuencia, a una persona o a una pareja, independientemente de la orientación sexual que tengan, a satisfacer su derecho a fundar una familia, basado en el principio de igualdad y no discriminación que surge de la Constitución Nacional y que se ve reflejado en el articulado de la ley 26.618 que regula el matrimonio igualitario, la ley 26.862 que regula las TRHA y la incidencia de la Ley 26.743, de Identidad de Género, ya que no se refiere a la “mujer” que da a luz sino a “quién da a luz”, de manera neutra, pues al no ser necesario realizar operación quirúrgica alguna, una persona que ha nacido mujer pero que se cambia su identidad al género masculino, y tiene un hijo, es el padre, y si estaba en pareja y también prestó el pertinente consentimiento previo, libre e informado, quedará también determinada la filiación con este miembro de la pareja que puede ser una mujer o un hombre.

Ahora bien, en los términos del art 562 CCyC, la voluntad permite crear vínculo filial con el hombre o la mujer de quien ha alumbrado al hijo, dando respuesta a una sola situación posible, ya que parte de la premisa de la existencia de relación de maternidad con la mujer de la que nació el hijo. Por consiguiente, en virtud de la previsión del art 562 CCyC y la falta de regulación de este supuesto particular de reproducción asistida, como lo es la de la gestación por sustitución, nos preguntamos: ¿debe admitirse la existencia de una disociación entre la maternidad genética que en el caso fue anónima, la maternidad gestacional y la voluntad procreacional donde uno de los integrantes del matrimonio que propicia la modificación de la partida de nacimiento además aportó su espermia, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y permitir la construcción de un vínculo parental conforme ese anhelo, por tanto admitir la impugnación de la maternidad?

El camino fue abierto lenta y progresivamente, tanto por la jurisprudencia como la doctrina, aunque la sanción de la ley 26.862 de Cobertura Médica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y su dec. regl. 956/2013, dieron el impulso que visibilizó la complejidad del tema.

La apertura en cuanto a los destinatarios de las técnicas también se visualiza en la amplitud de los procedimientos que recepta.

En este sentido, quienes a ellas accedan, según la situación que atraviesen podrán recurrir a una inseminación o fecundación homóloga o heteróloga, definiéndose el vínculo filial en cualquiera de los casos en función del elemento volitivo (art.562).

Otro detalle a tomar en cuenta es que en nuestro país, en definitiva, la gestación por sustitución no ha sido prohibida. Por ello corresponde aplicar el principio de reserva en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art.19 CN), por tanto, se entiende que, la gestación por sustitución cuenta con recepción implícita en el CCyC, ya que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la tecnologías derivadas del conocimiento científico y las múltiples razones por las cuales el proyecto en su versión original regulaba en el entonces art. 562, este supuesto particular de reproducción asistida como lo es la gestación por sustitución

En este marco, la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el

"querer ser" progenitor. Siendo así, la voluntad procreacional desplaza a la verdad biológica cuando el vínculo filial encuentre su origen en las TRHA (art. 569 y 575 CCyC) en correspondencia con el criterio seguido en los países que tienen regulada esta tercera fuente filial.

En definitiva, actualmente, en virtud de lo dispuesto por la ley 26.862, el dec. 956/2013 y los arts. 558 y 562 del CCyC, la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana. El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan “disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional”

El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación.

Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida configura “un desarrollo progresivo normativo y simbólico de los derechos de las personas en un ámbito donde confluye el amor filial, el linaje, la existencia y las trascendencia más allá de nuestra humana finitud”,

En el art. 2 de la Ley 26.862 se estipula que las técnicas pueden incluir o no la donación de gametos (masculino o femeninos) o embriones. El artículo 7 solamente requiere el consentimiento de dieciocho años (expresado conforme a Ley 26.529 Ley de derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, y arts. Arts.560 y 561 CCyC).

Por su lado, el artículo 8, Ley 26.862, establece que los criterios y modalidades de cobertura que se establezcan “no podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios”. “También garantiza servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos de las personas –incluso de los menores de 18 años- que, aún sin querer llevar a delante la inmediata consecución de un embarazo por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, puedan ver comprometidas su

capacidad para procrear en el futuro.

Por último, dicho artículo incorpora como procedimiento y técnicas a las cuales se puede acceder la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal con gametos de donante. Ello sumado a que el Ministerio de Salud tiene como obligación legal arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho igualitario de todos los beneficiarios. La combinación de estos artículos trae como ineludible consecuencia que la gestación por sustitución haya quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino como parte inescindible del derecho a la voluntad procreacional.

En la práctica, se asesora desde lo médico y psicológico a la familia y a la mujer gestante que siempre es presentada por la propia familia. Luego hay un asesoramiento jurídico independiente de la mujer gestante y los padres comitentes. Antes de la transferencia uterina, si la gestante y los padres procreacionales tienen un apto médico y psicológico, se firman los consentimientos informados, previa lectura en la escribanía, con asistencia letrada de las partes y en presencia de un médico del centro de reproducción asistida.

Se les hace conocer a las partes las normativas más importantes aplicables al proceso como; Código Civil y Comercial, artículo 59, 60, 558 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 575, 576, 577, 578, 579, 588, ley 26.862 y Decreto ley 956/2013 Ley 26.529 ley 25.326. Se hacen conocer las recomendaciones y riesgos médicos. Se deja muy en claro para todas las partes el alcance del consentimiento y la facultad de arrepentirse antes de la transferencia embrionaria en todo momento.

En cuanto al tipo de demanda y al momento para iniciarla, hubo algunas demandas donde se solicitó previa autorización para la gestación por sustitución. Otras que sí hicieron entre la gestación por sustitución y el nacimiento y finalmente la mayoría que se realizaron luego del nacimiento. Sin embargo, resulta contradictorio pedir una autorización previa ya que se encuentra la práctica prohibida. En cuanto al momento de iniciar la demanda, cierto es que se requiere una ADN para demostrar la carga genética que corrobore los protocolos del centro médico y además los informes psicológicos. Podemos lograr un ADN antes de que nazca, pero la mayoría de las familias prefieren concentrarse en el nacimiento de su hijo y no en prácticas invasivas antes del nacimiento. También pueden iniciarse luego de confirmado el embarazo y esperar el nacimiento con su respectivo ADN para agregar al expediente.

En todos los casos el padre reconoce a su hijo en el Registro Civil, así tiene un documento de identidad donde figura como madre, la mujer gestante y como padre su padre biológico, a menos que sea con donación de esperma, que a fin de cuentas es padre procreacional y es exactamente lo mismo.

El juez ordena entonces al Registro Civil emita una nueva partida de nacimiento donde figuran como padres, los actores de la demanda y se ordena la inmovilización de la primera partida de nacimiento.⁵

2. Derecho Comparado.

La “gestación por sustitución” ha sido un tema ya analizado en varios países hace ya varios años.

Como ya hemos mencionado, en la legislación comparada, es posible vislumbrar tres grandes sistemas jurídicos en relación con esta técnica.

Los países pueden optar por adoptar un sistema *prohibicionista*, donde la gestación por sustitución es expresamente prohibida, con sanciones de naturaleza civil y penal.

La segunda opción a adoptar es la de un sistema *regulacionista*, donde la práctica se encuentre reglamentada en sentido restringido, sujeta a condiciones legales, tales como su carácter altruista. Dentro de esta corriente es posible identificar, a su vez, dos modalidades: una con un proceso de pre-aprobación que se lleva a cabo ante la autoridad competente a los fines de verificar la efectiva cumplimentación de los requisitos legales exigidos, otorgando en tal supuesto su anuencia para la transferencia embrionaria a la gestante y la otra con un proceso de pos-aprobación, donde se prevé un procedimiento ulterior al nacimiento, a efectos de que los comitentes logren un emplazamiento filial acorde a su voluntad procreacional; como consecuencia de la celebración de un acuerdo previo.

Asimismo, se encuentran ciertos países que admiten la gestación por sustitución en un sentido amplio y permiten que incluso tenga finalidad lucrativa.

⁵ Ibidem.

Por último, se puede adoptar un sistema *abstencionista*, en el cual el legislador no emite normas ni que regulen la práctica ni que la prohíban.

A continuación mencionaremos los casos de algunos países para ver cómo se es la gestación por sustitución en su territorio.

Uno de los países más resonantes de esta cuestión es Camboya. Este país había sido una especie de reemplazo de Tailandia cuando ésta prohibió la práctica de gestación por sustitución pero finalmente siguió el mismo camino que ésta en noviembre 2016. Más precisamente se decidió a sancionar con pena de prisión a los intermediarios que intervengan en estas prácticas ya que consideraban que eran responsables por el delito de tráfico de personas.⁶

Otro país que finalmente prohibió la gestación por sustitución para extranjeros fue México, que lo determinó desde diciembre del 2015. Permitía los casos de transición o sea de mujeres ya embarazadas. Igualmente la ley no era clara y muchos que tenían ya embriones los transfirieron igualmente a las gestantes. Por hoy hay parejas de argentinos y otros países estancadas, ya que el pasaporte del menor es un tema federal, no estatal y no es fácil obtenerlo.⁷

Colombia, por otro lado, sigue siendo un destino solicitado ya que no hay ley que prohíba la gestación por sustitución, pero no hay ningún marco legal que lo avale y tampoco se cuenta con numerosos casos de jurisprudencia que ayuden. Hasta ahora las gestaciones por sustitución se realizan en clínicas de reproducción asistida y luego del nacimiento se procede a impugnar la maternidad. Estos procesos duran no menos de un año y entre tanto los padres procreacionales salen del país con su hijo con autorizaciones notariales de la mujer gestante, reconocida al momento como la madre. Un abogado sigue con los temas judiciales. La criatura al nacer es colombiana y tiene pasaporte colombiano.

Distinto resulta el caso de Grecia. Al contrario de los países anteriormente mencionados, la ley griega permite la gestación por sustitución a griegos y ciudadanos comunitarios que sean matrimonios heterosexuales o personas solteras que vivan temporalmente en Grecia siempre que la madre gestante no tenga ánimo de lucro. La normativa permite que la embarazada pueda recibir una contraprestación económica por

⁶ revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/14368/15395

⁷ <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Ruiz-y-Valdes-GS-en-Mexico.pdf>

las molestias, aunque ésta no puede superar los 10.000 euros. El juez autoriza previamente a los postulantes para estas prácticas, donde la ley marca que es la justicia quien debe estudiar y avalar cada caso.⁸

Otro país muy inmiscuido en la gestación por sustitución es Ucrania. Este país proporciona la seguridad jurídica necesaria para llevar adelante este procedimiento ya que ésta se encuentra normada en su Código Civil. Este permite la realización de esta práctica a matrimonios heterosexuales en los cuales al menos un miembro del matrimonio aporte su gameto. El trámite resulta ser muy sencillo administrativamente. Se firman contratos bilingües en ucraniano y en español, siendo el más importante el que se firma entre el centro médico, la mujer gestante y los padres comitentes. Las compensaciones a la mujer gestante se hacen a través de una agencia con quienes firman los padres comitentes. Como no hay proceso judicial, la partida de nacimiento indica como padres a éstos. Finalmente, el niño puede salir del país a las tres semanas de nacido y con un pasaporte provisorio argentino. En Argentina se terminan de realizar los trámites administrativos registrales. Ucrania no tiene ius solis y la mujer que lleva el embarazo no es considerada la madre del niño nacido por estas prácticas y tampoco es ucraniano por ius sanguinis.⁹

Otros destinos muy conocidos para la realización de una gestación por sustitución son Canadá y Estados Unidos. Ambos, en determinados estados, provincias, posibilitan la donación de embrión sumada a la gestación por sustitución. Ambos son sin lugar a dudas países muy seguros desde lo jurídico, pero también muy costosos. El tema de los seguros de salud hay que revisarlos muy bien con un abogado¹⁰ especialista, tanto de la mujer gestante en Estados Unidos como del recién nacido. En Canadá la gestante está cubierta por un seguro de salud, no así los niños nacidos en Canadá por estas prácticas. Hay seguros que cubren, pero solo por un niño, no múltiples nacimientos, por lo cual si hay mellizos no cubrirá el seguro a ninguno de los dos. Los costos de incubadoras suelen ser muy altos en dichos países. Las decisiones pueden ser administrativas o judiciales según los lugares donde nazcan los niños.

⁸ <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/11015/TFG%20-%20Hernanz%20Pe%C3%8C%20rez%2C%20Enrique%20Manuel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁹ <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6081240.pdf>

¹⁰ http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Maria_E_Castillo_1.pdf

En Estados Unidos, en Illinois por ejemplo, no se recurre a la justicia ya que el trámite es administrativo. Sin embargo, hay contratos a firmar con la agencia, con la mujer gestante, con los seguros y con la donante de óvulo si fuera el caso y con el abogado. Todos los contratos son en idioma inglés. En Florida se recurre a un juez luego del nacimiento en un proceso que dura apenas un día. Las partidas de nacimiento por lo general son directamente a nombre de los padres comitentes aunque en algunas comunas, se hace a nombre de la mujer gestante y luego se cambia. También se firman una serie de contratos similares que en Illinois. Hay posibilidad de elegir el fuero donde se iniciarán los trámites. Hay que ser muy cuidadosos ya que se requerirá de tantos abogados como estados estén involucrados por un tema de licencia para ejercer y asesorar en cada estado. Si la gestante es de un Estado, la agencia de otro y el nacimiento es en otro estado, se deberá ser muy cuidadoso con las leyes que aplican. Los montos de compensaciones en Estados Unidos son depositados y pagados por agentes independientes que abren cuentas donde se le abona a la gestante por los gastos y las compensaciones preestablecidas que se denomina "escrow account" y con estos agentes también se firma un acuerdo. Muchas veces se recurre a un "preplanned adoption agreement", en caso de gestación tradicional o padres solos cuyas consecuencias son las mismas que en una gestación no tradicional, pero difiere la forma. La "pre-birth order", sirve para obtener custodia de los niños antes de su nacimiento.

La regulación de la gestación por sustitución es la tendencia que prevalece en el Derecho Comparado reciente. El número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos Estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años: por ejemplo, Australia (2004): Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008); Canadá: Alberta (2010), Columbia Británica (2011); Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (2010), Uruguay (2013), por citar algunos. Incluso, muchos Estados se están cuestionando su regulación. Tal es el caso de Bélgica, Bulgaria, Finlandia, Islandia, Irlanda, entre otros.

Además, muchas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando; tal es el caso de Rusia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil o España. Así, por ejemplo, si bien las leyes del Reino Unido y de Grecia prohíben este tipo de práctica cuando es de carácter lucrativo, en la práctica la situación

está modificada.

En lo que respecta a la gestación por sustitución se discute cuál es el marco jurídico en el que se plasma la manifestación común o consentimiento de las partes que deciden someterse a esta TRHA. Algunas legislaciones del derecho comparado abordan esta cuestión desde una mirada esencialmente contractual (por ejemplo algunos estados de Estados Unidos), donde se asume que las partes en el libre ejercicio de su autonomía pactan la realización de estos procedimientos presumiendo una igualdad de condiciones a la hora de negociar el contenido de este contrato. En esta línea hay autores que al advertir las particularidades que conlleva un proceso de gestación por sustitución argumentan que se trata de un contrato innominado, “puesto que el cuerpo humano o partes del mismo todavía no son considerados una ‘cosa’ según el derecho argentino; sin embargo, al ser un derecho personalísimo y, por ello relativamente disponible, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulnerara la moral y el orden público”.

Capítulo II

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Sumario: 1. Introducción 2. Año 2012 3. Año 2013 a. «N.N. o DGMB s/ Inscripción de Nacimiento», Juzgado Nacional Civil N.º 86, Ciudad de Buenos Aires, 18/6/2013 b. «B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario» Juzgado de Familia de Gualaguay, Entre Ríos, 19/11/2013 4. Año 2014 a. “XXX y otra s/ Autorización Judicial”, Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario, Santa Fe, 2/12/2014 b. “B. D. C. y C. J. L. p/ acciones de estado relativas a la filiación”. Juzgado 10 de Familia de Luján de Cuyo Mendoza. 5. Año 2015 a. «C., F. A y otro c/ R. S., M.L.», Juzgado Nacional Civil N.º 102, Ciudad de Buenos Aires, 18/5/2015 b. “N. N. s/ inscripción de nacimiento”. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Sala/Juzgado: 83, 25/06/2015. c. “A. V. O., A. C. G. y J. J. F. s/ Medida Autosatisfactiva”, Juzgado de Familia N.º 1, de Mendoza, 29/7/2015 d. “M., C. K. y otros s/ información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 04/11/2015 e. «C. M. E. y J. R. M. s/ Inscripción Nacimiento», Juzgado Familia N.º 1, de Mendoza, 15/12/2015 f. «Dato Reservado, » Juzgado de Familia N.º 9 de Bariloche, Río Negro, 29/12/2015 g. “H.M. y otro/a s/ Medidas Precautorias (art. 232 del CPCC)”, Exp.N.º LZ-62420-2015, Juzgado de Familia N.º 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015 6. Año 2016 a. “G. G. S. y J. G. G. s/ filiación”, Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario, Santa Fe, 27/5/2016 b. “A. R., C. y otros c/ C., M. J. s/ Impugnación de Filiación”, Juzgado Nacional Civil N.º 7 de Ciudad de Buenos Aires, 15/6/2016. c. “B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación”, Juzgado Nacional Civil N.º 8, Ciudad de Buenos Aires, 20/9/2016 d. “GMC c/ WBA s/rectificación de partida”, Juzgado de Familia 4 Lomas de Zamora. Octubre 2016. e. “B. J. D. y otros s/ materia a categorizar”, Juzgado de Familia N.º 7 de Lomas de Zamora, Buenos Aires 30/11/2016. 7. Año 2017 a. “S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ Impugnación de filiación”, Juzgado Nacional en lo Civil N.º 81, 14-06-2017 b. “Reservado s/ Autorización Judicial” Expte. N.º 0260/17/17, Juzgado de Familia N.º 5 de Viedma, Río Negro, 7/7/2017 c. “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Otros c/GCBA y Otros s/Amparo”, Cámara de Apelaciones en lo contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Sala

I, 24/08/2017. d. “H., M.E. y otros s/ Venias y dispensas”, CUIJ N° xxx, Rosario, Tribunal Colegiado de Familia n° 5, 05/12/2017.

1. Introducción: Al no contar en nuestro país con normativa específica, fue necesario judicializar los casos de gestación por sustitución que surgieron en el país.

Existen hasta el momento más de una docena de casos con sentencias favorables en los que la práctica anteriormente mencionada se ha desarrollado en nuestro territorio, valiéndose los peticionantes de las más diversas estrategias judiciales.

La táctica judicial más utilizada resulta ser la impugnación de la maternidad que recae sobre la mujer gestante. Esta fue utilizada en nueve de estos casos, cuyas sentencias fueron emitidas por el Juzgado de Familia de Gualeguay, Entre Ríos, 19/11/2013; Juzgado Nacional Civil N.º 102, Ciudad de Buenos Aires, 18/5/2015; Tribunal Colegiado de Familia N.º 5 de Rosario, Santa Fe, 27/5/2016; Juzgado Nacional Civil N.º 7 de Ciudad de Buenos Aires, 15/6/2016; Juzgado Unipersonal de Familia N.º 2 de Moreno, Buenos Aires, 4/7/2016; Juzgado Nacional Civil N.º 8, Ciudad de Buenos Aires, 20/9/2016; Juzgado de Familia N.º 12 de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 3/10/2016; Juzgado de Familia N.º 7 de Lomas de Zamora, Buenos Aires 30/11/2016, Juzgado Nacional N.º 81, Ciudad de Buenos Aires, 14/6/2017.

Se identifican sólo cuatro casos en los que se ha acudido a la autorización judicial previa, tal como lo establecía el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Estos han sido resueltos por el Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario, Santa Fe, 2/12/2014; Juzgado de Familia N.º 9 de Bariloche, Río Negro, 29/12/2015; Juzgado de Familia N.º 3 de General San Martín, Buenos Aires, 22/8/2016 y Juzgado de Familia N.º 5 de Viedma, Río Negro, 7/07/2017.

En menor medida, se ha acudido a otras maniobras procesales, tales como medidas autosatisfactivas y acciones declarativas para lograr que la persona nacida se inscriba como descendiente de los comitentes. Estas fueron presentadas en el Juzgado Nacional Civil N.º 86, Ciudad de Buenos Aires, 18/6/2013 ; Juzgado Nacional Civil N.º 83, Ciudad de Buenos Aires, 25/6/2015; Juzgado de Familia N.º 1, de Mendoza,

29/7/2015; Juzgado Familia N° 1, de Mendoza, 15/12/2015; Juzgado Familia N.º 7, Lomas de Zamora, 30/12/2015 y Juzgado Civil N.º 4, Ciudad de Buenos Aires, 30/6/2016.

A continuación realizaremos un breve repaso sobre los casos judiciales originados en nuestro país.

2. Año 2012:

En el año 2012, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de CABA, intervino en dos supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo en el extranjero por matrimonios del mismo sexo (D. C .G y G. A. M. c/GCBA, s/Amparo; ídem autos "G. B. F. D y M. D. C.d GCBA s/ Amparo) sobre la base de la llamada voluntad procreacional y el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual y el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares donde se había resuelto ordenar la inscripción del nacimiento de los niños, estableciendo en dicho momento la co-paternidad de ambos padres conforme lo establece la Resolución 38/12.

3. Año 2013:

a. «N.N. o DGMB s/ Inscripción de Nacimiento», Juzgado Nacional Civil N.º 86, Ciudad de Buenos Aires, 18/6/2013

El fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, a cargo de la Dra. María del Carmen Bacigalupo, del 18 de junio de 2013, reviste gran importancia por ser el primero en dar un tratamiento de fondo a la problemática en análisis; sentó un valiosísimo precedente al resolver, aun reconociendo el vacío legal existente, la inscripción de una niña nacida bajo la modalidad de “gestación por sustitución” como hija de la pareja comitente, aportante del material genético, basándose para ello en principios constitucionales como el interés superior del niño, el derecho a la identidad, y la voluntad procreacional.

Asimismo, el primer caso conocido de gestación por sustitución realizada en el 100% en la ciudad de Buenos Aires.

En esos tiempos, muchas parejas concurrían a India, lugar que resultaba más económico y la seguridad jurídica era relativamente aceptable. Otras familias concurrían a Tailandia, Nepal, México y quienes podían acceder a pagar los costos de los mejores y más seguros países lo hacían en Estados Unidos y en Canadá.

Este primer fallo hizo hincapié en el elemento determinante de la filiación; la "voluntad procreacional"; la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Remarcó lo que surge de la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino. Tomó como antecedentes los pocos fallos de inscripción de partidas de nacimiento en India en los tribunales del fuero contencioso de la ciudad de Buenos Aires. Resaltó que una realidad aún cuando no estaba legislada merecía una respuesta, en este caso, de la jurisprudencia en ausencia de ley que la legisle y contemplando, sin dudas, la inexistencia de ley que la prohibiera.

En este caso particular hubo un acta de nacimiento donde figuraba el nombre de la mujer gestante como madre no así el de la niña. En realidad, los médicos no supieron qué colocar y dejaron la línea en blanco. Tampoco se presentaron consentimientos informados previos con fecha cierta, si los informes psicológicos, las actuaciones del Centro Médico y un ADN. Luego de este caso donde el acta de nacimiento se entregó a los padres procreacionales, las actas de nacimientos se enviaron directamente a los Registros Civiles de la jurisdicción de la clínica u hospital que correspondiere por su domicilio. Dejó también un denominador común para nuevos casos; el compromiso de los padres procreacionales de informar a su hijo nacido por estas técnicas cómo vino a este mundo, cuando tuviera una edad apropiada. La demanda se inició como una inscripción de nacimiento. La niña nacida por estas prácticas no tuvo ninguna identidad hasta que se ordenara inscribir su nacimiento¹¹.

b. «B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario» Juzgado de Familia de Gualeguay, Entre Ríos, 19/11/2013

En la sentencia del Juzgado de Familia de Gualeguay, del 19/11/2013, se hizo

¹¹ <http://www.sajj.gob.ar/juzgado-nacional-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires--inscripcion-nacimiento-fa13020016-2013-06-18/123456789-610-0203-1ots-eupmocsollaf>

lugar a la demanda de impugnación de maternidad extramatrimonial y el consecuente reconocimiento en persona de la actora de la maternidad matrimonial, en razón de haber sido conjuntamente con su marido quienes, mediante el aporte de óvulos y espermatozoides, dieron origen a la formación del embrión de cuyo producto y con el aporte del útero perteneciente a la demandada, nació el niño cuya filiación se cuestionó. Se argumentó que, cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del CCiv., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación. Existe una creciente concientización de que en una sociedad liberal la gente debería elegir, dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por ello; así, mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla¹².

4. Año 2014:

a. “XXX y otra s/ Autorización Judicial”, Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario, Santa Fe, 2/12/2014

En este caso, la intervención judicial es previa a la provocación del embarazo de la persona que actuó como gestante¹³.

b. “B. D. C. y C. J. L. p/ acciones de estado relativas a la filiación”. Juzgado 10 de Familia de Luján de Cuyo Mendoza.

Aquí se planteó el caso de que la hermana de un hombre gestó los mellizos de éste y su esposa. La madre biológica y procreacional no podía llevar a cabo el embarazo por tener problemas de salud en sus riñones y sufrir de diabetes. Lamentablemente este

¹² <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/52-sentencia-gualeguay-2013>

¹³ <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/11/FA.-PCIAL.-TRIB.-COLEG.-FLIA.-N%C2%BA7.-ROSARIO-SANTA-FE.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n..pdf>

procedimiento se realizó sin asesoramiento, sin la realización de consentimientos informados previos e incluso con un pésimo manejo por parte de los médicos que aconsejaron a sus pacientes ocultar como era la verdadera situación. Esto provocó graves consecuencias, ya que los niños fueron anotados en el Registro Civil con su tía como madre y su padre biológico como padre. Incluso cuando uno de los niños tuvo que permanecer en una incubadora, no se le permitió a la madre procreacional verlo.

5. Año 2015:

a. «C., F. A y otro c/ R. S., M.L.», Juzgado Nacional Civil N.º 102, Ciudad de Buenos Aires, 18/5/2015

Este fallo fue la resolución de un proceso ordinario de impugnación de maternidad, en el cual se admitió una demanda de impugnación de maternidad de la mujer que llevó adelante el embarazo con el material genético que aportaran los accionantes.

La jueza consideró que se debía acceder a la demandada debido a la correspondencia biológica demostrada por medio de un análisis de ADN entre el matrimonio impugnante y la niña y, asimismo, que éstos ejercen la responsabilidad parental desde su nacimiento.

La magistrada también enunció que cuando el contrato de gestación por sustitución es oneroso, resulta inmoral y debe prohibirse, pero cuando se trata de un acuerdo voluntario y libre que no conlleva un interés económico, y se funda en el vínculo afectivo de las partes, resulta procedente.¹⁴

b. “N. N. s/ inscripción de nacimiento”. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Sala/Juzgado: 83, 25/06/2015.

El Juzgado en este caso emitió sentencia en sólo 6 meses. Este proceso se inició como una inscripción de nacimiento y fue entablado por un matrimonio heterosexual que querían tener otro hijo pero la mujer ya no podía llevar a cabo un embarazo y por medio de una amiga habían realizado una gestación por sustitución.

El juez sentenciante tomó en consideración la importancia de la claridad en la filiación de los niños y el derecho de éstos de conocer sus orígenes. Al tomar en cuenta

¹⁴ <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/CFA.pdf>

todo ello y ante la inexistencia de conflicto entre las partes, resolvió el reclamo satisfactoriamente en pos de principios del interés superior del niño, el derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia. Afirmó que en un nacimiento mediante la técnica de maternidad subrogada, cuando existe conformidad de todos los involucrados, y los Ministerios, el estudio de ADN de la niña y los actores, que surgen como padres biológicos es el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el viejo art. 242 del Cciv. Este jurista aportó importantísimos conceptos que ayudaron notablemente a casos posteriores, siendo uno de ellos la asistencia psicológica a los participantes de estas prácticas y sus familias.

En su audiencia por primera vez asistió además del Ministerio Público de la Defensa, que siempre está presente, el Ministerio Público Fiscal, además de las partes. Desde entonces el médico responsable de la transferencia embrionaria, está presente en el pedido de protocolización de consentimientos informados que se lee en su integridad en una escribanía.¹⁵

c. “A. V. O., A. C. G. y J. J. F. s/ Medida Autosatisfactiva”, Juzgado de Familia N.º 1, de Mendoza, 29/7/2015

Aquí se resolvió admitir la medida autosatisfactiva tendiente a que se determine la filiación de un niño recién nacido, gestado a través de una gestación por sustitución, ya que al analizar el contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes, quedó en claro la voluntad procreacional de los comitentes y que lo que la mujer gestante ofrece es su capacidad gestacional, lo que no contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley.

Se ordenó la emisión de la partida de nacimiento del niño y su DNI como hijo de sus padres genéticos, y que se disponga el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el menor desde la fecha de la concepción.¹⁶

¹⁵ <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>

¹⁶ <http://www.saij.gob.ar/1er-juzgado-familia-local-mendoza-avo-acg-jjf-medida-autosatisfactiva-accion-declarativa-filiacion-fa15190015-2015-07-29/123456789-510-0915-1ots-eupmocsollaf>

d. “M., C. K. y otros s/ información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 04/11/2015.

En este precedente se da un caso de subrogación intrafamiliar entre dos hermanas, o sea la tía gestó los embriones de su hermana y cuñado en la ciudad de Buenos Aires.

La demanda se inicia en los tribunales de la ciudad de Buenos Aires, entendiéndose, que como ya habían tratado inscripciones de nacimiento de la India y otros países, eran competentes. Intervino el Juzgado 12 en lo contencioso administrativo quien se declaró incompetente pese a los dictámenes de primera instancia, tanto del fiscal como de Asesoría favorables en cuanto a la competencia. La propia asesora apeló la sentencia. La Cámara de Apelaciones mantuvo los fundamentos de la jueza de grado. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia, en un fallo dividido de tres votos a dos, mantuvo la sentencia de Cámara.

En el caso no se pudo cumplir con el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (CN), por cuanto no respetó tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño (CDN) en su art. 7, la que obliga a los Estados a que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Tampoco se cumplimentó con el art. 8 del mismo cuerpo legal, porque no respetó el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas. Ha habido intervenciones de la Ciudad en tanto en cuanto no se ha permitido el registro debido en el Registro Civil de los mellizos. También se violentó el art. 24, por cuanto no se respetó el reconocimiento al niño del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Esto, al privarlo de una identidad. Tampoco se aplicó el art. 3 de la misma Convención por no haber hecho prevalecer el interés superior del niño, ni el derecho reconocido en el art. 17 de protección a la familia, ya que los hermanos fueron desamparados por el sistema judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Por último, también

se vulneró el derecho al nombre de los niños y por el cual tienen un derecho inalienable consagrado por el art. 18 mientras que, por el siguiente, el art. 19, siempre de la CDN, no se tuvo en cuenta el derecho esencial del niño y el art.25, ya que se privó a los actores y a los niños de una protección judicial propia, de tiempos normales y no anormales como los pasados hasta la fecha. También se transgredió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que en su art. 24 establece que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna, a la protección por la sociedad y el Estado. De esa norma, hay que puntualizar lo prescripto en el inc. 2, que establece que todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Respecto de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el art. 10 establece que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la Constitución de la Ciudad se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.

El art. 12 de la misma Constitución citada dice que garantiza el derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso, la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información. Este artículo fue violentado, ya que correspondía a este fuero identificar a los mellizos y no solo no lo hizo, sino que no tuvo en cuenta el ADN que se adjuntó, nada menos de la Fundación Favaloro, desprestigiándolo diciendo que no era oficial y trasluciendo que no servía.

El art. 39, también de la Constitución de la Ciudad, no fue aplicado, ya que no reconoció a los mellizos como sujetos activos de sus derechos y les garantizó su protección integral. Los niños sufren el desamparo en algo tan elemental como la salud a raíz, precisamente, de no tener identidad, fundamental para suscribirse a cualquier sistema de cobertura.

Conforme el art. 106 de la misma Constitución, correspondía -al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo, por las leyes y normas nacionales como locales. Tampoco eso se vio plasmado en una acción de preocupación rigurosa tratándose de niños, los más desprotegidos junto a los ancianos.

El Dr. Luis F. Lozano, como presidente del Tribunal Superior de Justicia, en su voto disidente criticó a la Cámara de Apelaciones por haber basado su rechazo al recurso en que la cuestión de marras era de filiación, pero sin explicar cuál fue el problema o la cuestión, ya que no existían derechos controvertidos, sólo una solicitud a una inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas. Dejó bien claro que el objeto de la demanda fue que el Registro tomara nota del hecho que se denunciaba, no que resolviera cuál era la filiación de una persona, cuyo nacimiento se solicitara registrar y que no estaba controvertida.

Pero la historia no terminó aquí, luego de unos tres meses de la resolución del Tribunal Superior recién remitieron el expediente a la Justicia Nacional el 15 de febrero 2016, pese a las solicitudes que se radicara lo antes posible, pero el fuero de Ciudad remite los expedientes directamente no permitiendo a los letrados hacerlo. Aún no solo no hay sentencia, sino que la preocupación del fiscal actuante era si la gestante había mantenido "relaciones de pareja" en los años 2012/2013, toda vez que había un ADN del Instituto Favaloro. El caso lleva más de 3 años, hoy y ya lleva un año más en el Juzgado Nacional N° 26.¹⁷

e. «C. M. E. y J. R. M. s/ Inscripción Nacimiento», Juzgado Familia N.º 1, de Mendoza, 15/12/2015

En este caso, el magistrado analizó la validez del contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes, considerando que la mujer gestante ofrece su capacidad gestacional y que no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente), que ha sido puesta al servicio de lo convenido: la gestación de un ser humano. Estableció su postura, inclinándose por la remuneración del servicio de gestación, realizando un pormenorizado análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, a fin de

¹⁷ <http://www.eldial.com/nuevo/lite-jurisprudencia-detalle.asp?base=14&h=u&id=39099>

fundar y argumentar su fallo, haciendo prevalecer en su sentencia la voluntad procreacional, como eje de las TRHA, la correspondencia genética entre el nacido y los comitentes, y el interés superior del niño, como principio rector. Impone, asimismo, a los progenitores la obligación de informar respecto de su origen gestacional.¹⁸

f. «Dato Reservado, » Juzgado de Familia N.º 9 de Bariloche, Río Negro, 29/12/2015

Existe otro precedente en el que la justicia debió expedirse antes que la situación se consumara, autorizando la implantación embrionaria en el útero de una mujer gestante, que resultaba ser cuñada de la solicitante y hermana del peticionante. Se destacó en esa resolución que el objetivo de la pretensa gestante era altruista, ya que tenía con los peticionantes una relación de parentesco y ella oficiaba de vehículo para el deseo de los futuros padres, considerándose que se encontraban en juego el derecho a la identidad, a la protección de la familia, a la libertad reproductiva, a la voluntad procreacional y a la intimidad. Se hizo lugar a la autorización haciendo constar que debería informarse inmediatamente después de producido el parto a los fines de la inscripción de los nacimientos, y que los niños que nacieran deberían conocer la verdad sobre su gestación y nacimiento.¹⁹

g. «H.M. y otro/a s/ Medidas Precautorias (art. 232 del CPCC)», Exp.N.º LZ-62420-2015, Juzgado de Familia N.º 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015

En este caso, mediante medidas precautorias se resolvió una gestación por sustitución donde ya había un embarazo que tendría lugar en "x" meses. Los actores solicitaban que la niña que se estaba gestando en el útero de la hermana de la peticionante, sea inscripta como hija de ellos, ya que habían aportado los gametos.

El fallo en este caso hizo más hincapié en declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCivCom, por no contemplar reconocer la

¹⁸ <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA-N%C2%BA1-MENDOZA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n..pdf>

¹⁹ <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/03/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA.-N%C2%BA9-BARILOCHE-R%C3%8DO-NEGRO.-TRHA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n-2015.pdf>

maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz diciendo que se trata de una barrera para el ejercicio de derechos humanos y fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica. A diferencia de otros fallos consideró el derecho fundamental y humano de recurrir a los procedimientos y técnicas de gestación por sustitución sin discriminación alguna, como la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada técnica. El control de convencionalidad, como búsqueda de compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales y no sólo respecto al Pacto de San José de Costa Rica, sino a otros Tratados Internacionales ratificados por la Argentina, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.²⁰

6. Año 2016:

a. “G. G. S. y J. G. G. s/ filiación”, Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario, Santa Fe, 27/5/2016

En este caso un matrimonio homosexual interpuso una acción de filiación. El tratamiento y transferencia de embriones así como los consentimientos informados se realizaron en Buenos Aires y el nacimiento tuvo lugar en Rosario, donde vivían los padres procreacionales y la mujer gestante que era amiga de esta pareja

El Tribunal accedió a la demanda de impugnación de la maternidad deducida por el matrimonio contra la mujer que gestó a su hijo y declaró el emplazamiento del niño como hijo del matrimonio. En el fallo se destacó que en la práctica se utilizó material genético de uno de los peticionantes y de una donante anónima que no era la gestante. Ello de acuerdo a la conformidad expresa de todos los involucrados, el estudio molecular de ADN sobre exclusión de la maternidad consignada en el acta de nacimiento y cuya impugnación prosperó, por no ser la mujer del hijo que pasaba por suyo, conf. Arts. 565 y 588 del Código Civil y Comercial y el consecuente emplazamiento como progenitor, además del consignado en el acta de nacimiento del niño, del otro integrante del matrimonio unisexual, siendo ello la solución que responde

²⁰ https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/03/juris_familia_nro-64.pdf

a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación.²¹

b. “A. R., C. y otros c/ C., M. J. s/ Impugnación de Filiación”, Juzgado Nacional Civil N.º 7 de Ciudad de Buenos Aires, 15/6/2016.

El Juzgado Nacional en lo Civil N.º 7, también admitió una demanda de impugnación de la maternidad deducida contra una mujer gestante, amiga del matrimonio reclamante, y ordenó inscribir a los dos niños nacidos, como hijos de los accionantes tomando como eje la voluntad procreacional de la pareja como determinante del vínculo en estos casos, y el resultado de la prueba de ADN producida, que arrojó como resultado una probabilidad de maternidad del orden del 99,997% respecto de la accionante, determinando la inexistencia de vínculo biológico entre la demandada y los niños.²²

c. “B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación”, Juzgado Nacional Civil N.º 8, Ciudad de Buenos Aires, 20/9/2016

El Juzgado N.º 8 Nacional Civil a cargo de la Juez Myriam Cataldi en una de las más extensas sentencias. Tardó casi 2 años en resolverse. En este caso se nombró un tutor oficial por el niño nacido. Este fallo sí hace un análisis muy minucioso de toda la jurisprudencia hasta ese momento. Critica la incertidumbre que viven las familias hasta la inscripción del niño como hijo de los padres procreacionales.

En este caso se presentó un matrimonio que había realizado una gestación por sustitución con el material genético del marido y ovocitos de una donante anónima, en el vientre de una amiga de los cónyuges. El niño se había inscripto como hijo de la mujer gestante y por lo tanto, iniciaron una acción para impugnar la maternidad y luego realizar una acción de filiación. Asimismo, los accionantes acompañaron un acuerdo de voluntades de maternidad subrogada celebrado entre los peticionantes y la amiga gestante; y un consentimiento previo, informado y libre.

La magistrada declaró el emplazamiento del niño como hijo del matrimonio que prestó su voluntad procreacional. Se basó en el análisis de los arts. 558 y 562 del

²¹ <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/06/Jurisprudencia2-Familiar-nRO-76-01.07.pdf>

²² <http://www.colectivoderechofamilia.com/.../Poder-Judicial-de-la-Naci%C3%B3n-JUZGADO-CIVIL-...>

CCCN, Leyes 26529 y 26862; y los principios de autonomía personal, interés superior del niño, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva y la Constitucionalización del derecho privado. Asimismo hizo remisión a las sentencias de la CIDH y a un detallado análisis de jurisprudencia nacional.

Por último, la jueza dictaminó la obligación de hacer saber al niño la manera en que fue concebido y gestado, y que para esto debían resguardarse los datos de donante de óvulos, a fin de respetar el Derecho a la identidad del niño.²³

d. “GMC c/ WBA s/rectificación de partida”, Juzgado de Familia 4 Lomas de Zamora. Octubre 2016.

En octubre del 2016 resolvió una nueva gestación por sustitución de un matrimonio que también tenía ya una hija, pero que la madre no podía llevar a cabo otro embarazo. Su fallo se basó en el derecho a la identidad de la CDN, el derecho a convivir con la familia natural, en el principio de la efectividad el artículo 4 de la CDN. Con una tremenda humanidad que no siempre se ve exteriorizado en los jueces, se refirió que cuando vio a la niña de más de un año de edad, que se podía expresar a través de sus movimientos, de una manera intuitiva y que el proceso judicial permitía una atenta observación que un magistrado avezado puede lograr con una mirada familiar y humana. La fuerza de la realidad constituía uno de los principales pilares para su inclusión. También se refirió a la no prohibición expresa de estas prácticas como es el caso de España.

e. “B. J. D. y otros s/ materia a categorizar”, Juzgado de Familia N.º 7 de Lomas de Zamora, Buenos Aires 30/11/2016.

En este caso una abuela dio a luz a su nieto, inscribiéndose inmediatamente el nacimiento del niño como hijo de la pareja matrimonial que había expresado voluntad procreacional en los correspondientes consentimientos informados. En este caso se declaró la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCC.²⁴

²³ <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/071/660/000071660.pdf>

²⁴ <http://absta.info/juzgado-de-familia-nro-7-departamento-judicial-de-lomas-de-zam.html>

7. Año 2017:

a. “S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ Impugnación de filiación”, Juzgado Nacional en lo Civil N.º 81, 14-06-2017

Aquí se admite la demanda de impugnación de maternidad interpuesta respecto de la mujer gestante accionada y se declara que el niño nacido es hijo de los coactores, toda vez que las partes han prestado su consentimiento previo, informado y libre al sometimiento de la gestación por sustitución, por lo que han cumplido con los requisitos establecidos para las técnicas de reproducción humana asistida, de conformidad con lo previsto en los arts. 560 y 561, Código Civil y Comercial, exteriorizando así la 'voluntad procreacional' y, si bien no se encuentra regulada la gestación por sustitución, tampoco está prohibida, por lo que, de acuerdo a los principios de privacidad y legalidad que emanan del art. 19 de la Constitución Nacional, se colige su reconocimiento implícito. Así, conforme al principio rector del interés superior del niño, que debe primar en todo proceso en que se halle involucrado, la respuesta jurídica más justa es reconocer el vínculo filial generado entre el niño y quienes quieren ser sus padres.²⁵

b. “Reservado s/ Autorización Judicial” Expte. N.º 0260/17/17, Juzgado de Familia N.º 5 de Viedma, Río Negro, 7/7/2017

En este precedente, un matrimonio del mismo sexo inició judicialmente una solicitud de autorización judicial para implantar embriones en el vientre de una amiga. Se aclaró que se contaba con el consentimiento libre y responsable de esta última y que ésta realizaba esta gestación con un objetivo altruista y con ausencia de finalidad económica. La “gestación por sustitución” sería realizada con material genético de una donante anónima y de uno de los miembros del matrimonio peticionante.

Se falló autorizando la transferencia embrionaria en el vientre sustituto en base a los arts. 558, 560, 561 Y 562 DEL CCCN, la voluntad procreacional de los

²⁵ <http://www.rubinzalonline.com.ar/fallo/18223/>

solicitantes, el derecho a constituir una familia y el interés superior del niño.

Además, se ordena la inscripción inmediata del niño o niña que se dé a luz como hijo o hija de los solicitantes.

c. “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Otros c/ GCBA y Otros s/Amparo”, Cámara de Apelaciones en lo contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Sala I, 24/08/2017.

Aquí se hizo lugar a un recurso de amparo colectivo mediante el cual se ordenó al registro civil a que inscriba provisoriamente a los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizadas a través de la gestación por sustitución, a favor de las personas que ejerzan el derecho a la voluntad procreacional, en tanto que debe hacerse hincapié en el interés superior del niño y no existen razones de orden público que impidan reconocer la filiación.²⁶

d. “H., M.E. y otros s/ Venias y dispensas”, CUIJ N° xxx, Rosario, Tribunal Colegiado de Familia n° 5, 05/12/2017.²⁷

El 5 de diciembre Andrea Brunetti, jueza del Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, autorizó la implantación de embriones de una pareja en el vientre de la hermana de quien será la madre del bebé.

Luego de perder tres embarazos debido a síndromes preexistentes, una pareja decidió solicitar por vía judicial la autorización para realizar una gestación subrogada. Resulta interesante remarcar que en este caso se solicita dicha autorización con antelación a la realización del tratamiento, a fines de que sea en un marco de “legalidad”.

²⁶ <http://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2017/09/28/se-ordeno-preventivamente-la-inscripcion-menores-nacidos-tecnicas-reproduccion-humana-asistida-gestacion-solidaria-sin-emplazar-progenitor-gestante/>

²⁷ [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/HME%20\(causa%20N%C2%BA3923\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/HME%20(causa%20N%C2%BA3923).pdf)

Uno de los pilares en este fallo es el Principio de Legalidad, el cual reza que en tanto todo lo que no está prohibido está permitido, conforme dice el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

A fines de posibilitar su pedido, los demandantes solicitaron que se declare la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz. Alegan que, al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el CCC, algunos interrogantes siguen abiertos con la inseguridad jurídica que ello genera al carecer los Registros de normativa que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme la voluntad procreacional y así evitar la indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño, e inscripción inmediata del nacimiento.

Se realizaron gran cantidad de actuaciones para poder resolver la cuestión planteada. Se presentaron estudios y análisis de todos los participantes del procedimiento. Se busco asesoramiento de diversos especialistas, se realizaron audiencias y se presentó variada documental. Incluso se efectuó un detallado estudio de las consecuencias que esto generaría en los hijos de la gestante en sustitución.

Con el correr de las actuaciones, se identificaron tres ejes sobre los cuales trabajar para poder llegar a una solución adecuada.

El primero de ellos es el pedido de autorización para realizar una TRHA, consistente en la transferencia del embrión generado por la fertilización in vitro, fecundación producto de los óvulos obtenidos de la madre genética y de los espermatozoides aportados por el padre genético, en el útero de la gestante, hermana de la actora, lo que es conocido en doctrina, jurisprudencia y derecho comparado como “gestación por sustitución”

Esto se fundamentó en variada normativa, jurisprudencia y doctrina: el principio de legalidad (art. 19 CN), protección de la familia y Derecho a formar una familia; Derecho a la privacidad, Derecho a acceder a las TRHA, Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 23.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 16.3 Declaración

Universal de Derechos Humanos, art. 6 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ; y art. 5.1, 7.1, 11, 17.1, y 24 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad; garantía de acceso integral a las TRHA; Ley Nacional 26.682; Ley Nacional 26.529; Ley Nacional No. 23.592, igualdad y no discriminación; y jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respecto a este primer punto se señala, que si bien la gestación por sustitución (maternidad subrogada, gestación por otro, maternidad disociada, gestación solidaria, etc.) no cuenta con previsión legal expresa, ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional No. 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (sancionada el 5 de junio de 2013).

La gestación por sustitución constituye un compromiso mediante el cual la mujer gestante acepta someterse a la TRHA para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja denominados comitentes, obligándose a entregar el niño, niña o niños o niñas por nacer, sin que pueda establecerse ningún vínculo jurídico de filiación con ella, que es quién da a luz.

Es importante destacar que este tipo de TRHA ha sido y es ampliamente debatida en doctrina, logrando en la actualidad mayores adherentes. Sin embargo, en nuestro derecho interno no se encuentra regulada. Ello a pesar de la norma proyectada en el art. 562 del Anteproyecto de reforma del código civil y comercial de la Nación que sí lo preveía. Precisamente, dicha norma fue suprimida por la Comisión Bicameral, adoptando nuestro país la posición abstencionista (a diferencia de los países que han asumido una posición reguladora o prohibicionista).

Sin embargo, aún cuando se ha optado por silenciar una realidad existente, creándose un vacío legal de permanente fuente de conflictos, incertidumbre, y sufrimientos, no existe norma legal expresa que prohíba la gestación por sustitución, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización.

Por consiguiente, la jueza ha entendido que se trata de una TRHA permitida en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en razón del principio de legalidad (art. 19 CN) todo lo que no está prohibido está permitido.

Luego, en segundo lugar, se solicitó que en caso de prosperar la autorización, se dé curso a la pretensión de inscribir en el Registro de Estado Civil y capacidad de las personas, al niño o niña, niños así concebidos, como hijos de los demandantes, fundándose ello en el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria conforme art. 558 del código civil y comercial de la Nación; derecho a la identidad art. 2 y 7 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 75 inc. 22 Constitución Nacional.

Aquí se analizó con cuidado el principio de respetar el interés superior del niño.

Ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja. Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo.

En consecuencia, la voluntad procreacional existente y manifestada por los actores, plasmada de conformidad a lo estipulado por el art. 560 y s.s., como así también la falta de dicha voluntad procreacional en la gestante, constatado del mismo modo, establecen la fuente de la filiación (art. 558 CCC).

De manera tal que, los niños que como consecuencia de la realización de la técnica que se autoriza nazcan, serán hijos de los actores.

Se refuerza tal conclusión con los derechos fundamentales en juego que debiendo ser amparados y debiendo realizarse una interpretación diversa a la formulada, se les aplica irrazonablemente la regla del art. 562 CCC, sin guardar coherencia y armonía con las fuentes constitucionales y convencionales, se verían seriamente dañados. Como es el derecho a la filiación y de ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento, derechos del niño/a que se tutelan preventivamente a través de la presente acción (art. 2, 3, 7.1, 9 y 16 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 706 inc. c), 558 y ccdts.; art. 52 y 1711 CCC).

La doctrina considera que la respuesta más conveniente e igualitaria, respetuosa de la identidad y, consecuentemente del mejor interés de los niños, es que desde su nacimiento tengan su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente si es una persona sola, sin hacer distinciones sobre la base del vínculo genético según éste haya sido o no aportado.

Como consecuencia de este análisis, se hizo lugar a la medida preventiva solicitada de inscripción del nacimiento del niño que, como consecuencia de la realización de la TRHA, nazca y cuando ello ocurra (art. 558 y 575 CCC), en cumplimiento de la manda del art. 2.1; 7 y 8 CDN; art. 12 y 28 Ley Nacional No. 26061 y art. 7; 26 Ley Provincial No.12.967, conforme arts. 1 y 2 CCC.

Asimismo, acertadamente, se resuelve también que en tutela del derecho humano fundamental a la identidad (art. 7 y 8 CDN; art. 11 Ley Nacional N° 26.061; Ley Provincial N° 12.967) se ordenará además a los actores hacer conocer a los niños que en consecuencia nazcan, su realidad gestacional de origen, de conformidad a las normas de protección integral de la niñez.

Por último, el tercer eje del reclamo de los actores versa sobre la solicitud de la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la norma del artículo 562 del CCC, fundada en que la norma no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, lo que implica una barrera que tornaría inaccesible para los actores el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar.

Ahora bien, como se refiriera precedentemente, en nuestro sistema jurídico vigente se adoptó una posición abstencionista respecto de la regulación de la gestación por sustitución. De manera tal que, al no regularsela en el código civil y comercial de la Nación, de ningún modo la regla sentada en el artículo 562 pudo referirse a este tipo de técnica médicamente asistida. En otras palabras, el artículo 562 del código civil y comercial no se aplica a la hipótesis de gestación por sustitución toda vez que la norma allí contenida no ha tenido en miras regular esta especie de TRHA, sino exclusivamente aquellas técnicas en que la persona gestante y la persona que ha emitido su voluntad procreacional son la misma, haya aportado o no su propio material genético.

En tal entendimiento, bajo el prisma del interés superior del niño que se ha analizado, examinando las normas vigentes que regulan el derecho filiatorio, y a la luz de las normas constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al sistema normativo (art. 1 y 2 CCC) , se considera que no corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma del art. 562 CCC, en tanto se ha razonado que la misma no resulta aplicable al caso, habiéndola interpretado bajo una visión

integradora del derecho (art. 2 CCC) procediendo a la aplicación de las normas del mismo ordenamiento jurídico que mejor satisfacen el interés superior del niño al concretar adecuadamente el derecho a la filiación, art. 1; art. 558; 560/564; 575 CCC, desplazando a aquella norma que en consecuencia, resulta incoherente respecto del todo

Finalmente, la jueza autoriza la transferencia embrionaria en el útero de la gestante, obtenida como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida a realizarse, de conformidad al consentimiento previo, informado y libre otorgado por ella y la pareja actora.

Asimismo, se ordena que la inscripción de los niños que, como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida, sean dados a luz por la gestante como hijos de los accionantes, debiendo el Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas correspondiente, expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 del código civil y comercial de la Nación.

Y como último, pero no menos importante, se impone a los progenitores el deber de informar a los niños sobre su realidad gestacional, cuando alcancen edad y grado de madurez suficiente.

De esta manera, una vez más, vislumbramos cómo la impecable labor de un juez arroja claridad en el postergado debate sobre este instituto tan actual como es la gestación por sustitución.²⁸

²⁸ Flocco, Ana , “Jueza rosarina autoriza gestación por sustitución entre hermanas”, 9-feb-2018, MJ-DOC-12377-AR | MJD12377

Capítulo III

PLANTEO JUSFILOSOFICO: TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA. **GESTACION POR SUSTITUCION.**

1. Introducción.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), son las protagonistas estelares del futuro de la humanidad. Una de éstas técnicas es la llamada “Gestación por sustitución”. Las TRHA irrumpieron en la sociedad hace muy poco tiempo y sin embargo en ese breve período han modificado el curso de la historia.

Se podría decir que desde hace un par de años se ha comenzado a observar con detenimiento esta temática ya que, debido a su fuerza revolucionaria, gran parte de los aspectos del mundo tal como lo conocemos, han comenzado a quedar obsoletos.

En el ámbito del Derecho ya se han comenzado a adaptar los contenidos que presentaban un gran desfase con los nuevos conceptos que incorporan las TRHA.

Un ejemplo de ello se ve en nuestro nuevo Código Civil y Comercial donde se ha normado la voluntad procreacional. Este es un nuevo concepto que ha planteado la innovación de que ya la realidad biológica ha dejado de ser el bastión de la verdad jurídica.

Nietzsche ya nos previno hace tantos años sobre esta cuestión ya que verdaderamente, al tomar el hombre en sus manos su propia creación, la humanidad ha proclamado a los cuatro vientos. “¡Sí, Dios ha muerto!”.

En el curso de pocos años venideros veremos cómo el mundo se adaptará a estos grandes cambios.

Se verá si los avances en biotecnología llevan a la humanidad a un progreso sin precedentes o si se cumplen las distopías que han sido tan vívidamente planteadas por Orwell, Huxley, Philip K. Dick y tantos otros.

Es en gran parte el Derecho, y su captación de este nuevo reparto, lo que decidirá el curso que tomen estas TRHA respecto a la organización de la sociedad, la economía, la política y, por sobre todo, la tradicional institución de la familia.

2. Dimensión Sociológica.

Según la propuesta trialista, la dimensión sociológica del mundo jurídico debe construirse con adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida humana. Estas adjudicaciones pueden ser *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar o *repartos*, producidos por la conducta de seres humanos determinables. El centro de interés de la dimensión sociológica son los repartos.

Los repartos pueden ser analizados en cuanto a sus *repartidores* (conductores), *recipiendarios* (beneficiados o gravados), *objetos* (potencias e impotencias), *formas* (camino previos elegidos para llegar a ellos) y *razones* (móviles, razones alegadas y razones sociales que surgen en cuanto la sociedad considera que los repartos son valiosos).²⁹

Las TRHA son en gran parte resultado de **distribuciones de la naturaleza**, de la **influencia humana difusa** y, por supuesto, del **azar**.

Mucho tiene que ver la naturaleza en esta cuestión ya que se utilizan las TRHA cuando no es posible la concepción por vía natural.

También la “**influencia humana difusa**” interviene ya que varios factores provocan la falta de concepción: contaminación, cambio cultural (madres de mayor edad), etc.

Estas técnicas por supuesto también están compuestas por **repartos**. El cada vez más importante movimiento de las TRHA es llevado adelante por gran cantidad de personas y organizaciones con diversas intenciones.

Si entramos a analizar en detenimiento la **estructura del reparto** en cuestión, encontramos un escenario muy complejo.

Al analizar los **recipiendarios** encontramos, por supuesto, a las familias e incluso podemos considerar como familia a ese individuo que en soledad se dispone a formar su propia familia.

Como **repartidores** encontramos a las familias que necesitan ocuparse de este aspecto tan básico y primario como es la reproducción de la especie.

²⁹ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, U.N.R. Editora, 2012.

Asimismo también vemos a los legisladores y a los institutos privados de fertilidad participar como repartidores. Un ejemplo de esto es que si bien la gestación por sustitución no fue normada en nuestro país, tampoco fue prohibida expresamente. También debemos añadir como repartidores a los jueces, ya que en Argentina están realizando una importante labor brindando, en medio de esta laguna legal, una solución a los usuarios de ésta práctica.

Al analizar el **objeto del reparto**, se vislumbra que se reparte una potencia, un tratamiento, se da la posibilidad de poder engendrar una familia, de lograr un estado de plenitud y felicidad.

Respecto a las **formas**, el camino que conduce al reparto es en algunas ocasiones autoritario, con audiencia, por medio de un proceso judicial y en otras autónomo, producto de una negociación.

Al llegar a las **razones**, varios son los aspectos a explicar.

Al ver los móviles de los repartidores, encontramos que éstos son el orden social, la igualdad y las ganancias económicas. Y las razones que alegan son igualdad, solidaridad, humanidad y necesidad.

Y cuando individualizamos las razones que atribuye sociedad al reparto cuando considera que es valioso, encontramos que éstas son la idea de familia, tan importante en Argentina; la igualdad para todos y el orden social, debido a lo cual resulta necesario reglamentar esta práctica.

Los repartos pueden ser *autoritarios*, producidos a través de la imposición y realizadores del valor poder, o *autónomos*, originados por acuerdos, en los que se satisface el valor cooperación. Los repartos autoritarios son vía del principio de beneficencia e incluso de la no maledicencia y, como el nombre lo indica, los repartos autónomos son el sendero de otro de los grandes principios bioéticos.³⁰

La **clase de reparto** que aquí encontramos es de repartos autónomos, que surgen por acuerdos entre los interesados, con un alto valor de cooperación.

Si analizamos el **origen del reparto**, vemos cómo se desarrolla el proceso. Se ve el **reconocimiento** de la terrible situación de no poder engendrar. Se evidencia la gran problemática familiar, social, estatal y judicial que se forma. Vemos decisión. Y vemos cómo se **efectiviza** este reparto en la gran cantidad de sentencias que han dictado a lo

³⁰ Ibidem

largo del país, que han resuelto a favor de los accionantes que solicitaban que se les reconozca su vínculo familiar con estos niños gestados en vientres ajenos.

En el funcionamiento de los repartos podemos encontrar ciertos límites que pueden no permitir la adjudicación de los repartos. Estos límites pueden ser de carácter físico, psíquico, lógico, axiológico, sociopolítico y socioeconómico.

En esta temática vemos gran cantidad de límites.

Actualmente uno de los límites más importantes en nuestro país es la falta de reglamentación de la gestación por sustitución. Por suerte, los planteos que solicitaban la autorización de esta práctica y la correcta anotación en los Registros de los niños nacidos, se han judicializado, obteniéndose sentencias a favor y permitiendo finalmente la adjudicación de este reparto.

Podemos considerar que el reparto resulta exitoso relativamente, ya que esto se ha conseguido por vía judicial, pero esto sucede en medio de una gran indeguridad jurídica que debe ser solucionada.

Los repartos no se presentan aislados, sino relacionados en orden o desorden. Este reparto en cuestión presenta un **orden, un régimen**, constituido de forma horizontal. Se produce una ejemplaridad, que se desarrolla en los pronunciamientos en Tribunales conformando una extensa jurisprudencia.

Respecto a las **clases de órdenes de repartos**, aquí se ve un orden nacional, aunque ésto se desdibuja y se integra globalmente, formándose un macroorden. Esta temática tan delicada es tratada a nivel mundial y con aportes de varios países es posible lograr avances.

El **origen de un orden de reparto** puede ser contractual o natural (pactismo u organicismo respectivamente). En este reparto no hay dudas que su origen es *contractual*, con el consenso como herramienta principal.

En cuanto al **funcionamiento del reparto** en cuestión, éste funciona sin dudas con un gran carácter de *cambio*. Este reparto revolucionó la especie humana hasta sus cimientos.

Ejemplo de ésto es que en Argentina se hizo necesario plasmar la revolucionaria figura de la voluntad procreacional en el nuevo Código Civil y Comercial.

3. Dimensión Normológica.

Las normatividades son captaciones lógicas de repartos proyectados. Cuando están construidas como promesas son normas. En su carácter de promesas las normas pueden ser *exactas* o *inexactas*, según que lo prometido se cumpla o no.³¹

A pesar de que la gestación por sustitución no tiene una normativa específica, si cuenta con normas y principios que la regulan, tales como tratados internacionales, nuestra constitución nacional, leyes sobre TRHA, etc.

Podemos determinar distintas **clases de normas**.

En el reparto en análisis, las TRHA, priman las normas "*individuales*", ya que son normas concretas y que requieren una lectura sencilla para su elaboración. Estas normas contemplan el valor inmediatez.

No podemos hablar aquí de normas "generales" porque las TRHA se encuentran en continua evolución.

Respecto de su **origen**, las normas en este reparto pueden ser consideradas a nivel "formal" y "material". Decimos "formal" porque encontramos gran número de "autobiografías" que hacen los mismos repartidores. Encontramos normas que regulan las TRHA en el CCC, diversas leyes, etc.

Pero a nivel "material" también encontramos regulación de este reparto ya que al ser tan actual y al haber estado sin regulación mucho tiempo, la costumbre fue creando maneras de llevar adelante estos procedimientos por medio de convenios, normas, contratos, consentimientos informados, etc.

Cuando hablamos de **fuentes**, también notamos que las normas de este reparto pueden provenir de las llamadas "fuentes de espectáculo", ya que puede llegar a considerarse que algunas de ellas se dictan para aparentar pero no para ser cumplidas. Tal es el caso que sucede cuando algunas familias no acceden a los tratamientos de las TRHA en forma gratuita, como dicta la ley 26.682.

Asimismo, las fuentes de este reparto son "flexibles", son fácilmente modificables ya que es una temática que cada día evoluciona. Por lo mismo, estas fuentes también son "elásticas" ya que son permisivas del cambio social.

Las TRHA son técnicas que día a día evolucionan. Afortunadamente también cada día se masifican, llegando a una gran cantidad de población que puede utilizarlas. Esto produce la necesidad de crear y adaptar la regulación necesaria para su debida implementación y control.

³¹ Ciuro Caldani, Miguel Angel, "Metodología Jurídica", Rosario, Editorial Zeus, 2007

También debemos analizar el **funcionamiento de las normas**.

La exigencia de que el reparto proyectado llegue a ser reparto realizado requiere el funcionamiento de la norma con una metodología muy rica que, según la versión trialista actual, incluye tareas diversamente necesarias de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, argumentación y síntesis.

Los desenvolvimientos trialistas indican que la primera tarea a cumplir es el reconocimiento de la norma (si es considerada vigente, si en principio es aplicable o es desplazado por otra, etc).

Efectivamente, las normas son consideradas vigentes, son aplicables en la actualidad. Prueba de ello son la gran cantidad de fallos judiciales a lo largo de todo el país.

En términos de “interpretación”, se vislumbra que ésta es literal, debido más que nada, a lo anteriormente mencionado, su actualidad.

A veces es necesaria la tarea de “determinación” en la cual se desenvuelve la normatividad existente mediante la reglamentación y la precisión de normas y el desarrollo de principios. Los despliegues del trialismo han evidenciado que en la determinación se puede producir una tensa relación entre la proyección de la voluntad del autor de la normatividad existente (más allá de sus fines, donde concluye la interpretación) y la decisión más libre del encargado del funcionamiento.

Si bien se han logrado grandes avances en las normativas de las TRHA todavía restan realizar reglamentaciones de ciertos aspectos legales y todavía algunos encargados del funcionamiento de la normativa existente no realizan la proyección de la voluntad del autor de la norma en su totalidad.

Cuando analizamos la “elaboración” de una norma relacionada con las TRHA, encontramos que es muy común encontrar lagunas en estos casos. Hay una “carencia histórica” y “por novedad”. Se recurre a la “heterointegración”.

A veces el funcionamiento de las normas puede requerir la intervención de Comités de Bioética y de tribunales de carácter internacional.

Por último, al analizar los **productos de las normas**, se ve una tendencia a la institucionalización de los conceptos que derivan de las TRHA, al irse conformando esta nueva rama del derecho. Se comienza a dejar de aplicar una “negocialidad”, un acuerdo privado entre las partes que participan en un tratamiento de TRHA.

Al comenzar a analizar el **ordenamiento normativo** relacionado con las TRHA, comenzamos por su **estructura**. Vemos que actualmente hay cierta armonía, una

coherencia. Existe una relación “vertical” entre todas las normas que reglamentan este reparto. Por supuesto siempre se tomando en cuenta que no existe un normativa específica para la gestación por sustitución.

Asimismo, la **clase de ordenamiento normativo** que se ve en las normas de las TRHA es el de “sistema”.

Los encargados del **funcionamiento del orden normativo**, en caso de carencia, deben resolver según su criterio, “autointegrar” o “heterointegrar”, al ser un sistema material.

El **origen** de esta clase de orden normativo (sistema) es la “codificación”. Las normas y costumbres que regulaban las TRHA han sido receptadas en el nuevo Código Civil y Comercial y en varias leyes a nivel provincial y nacional (CCC, Ley 26.682, etc..).

4. Dimensión Dikelógica.

El mundo jurídico trialista se construye con referencia a un *complejo de valores* que valoran los repartos y las normas y culmina en el valor *justicia*(por ésto la dimensión es llamada “dikelógica”). En ese complejo se incluyen otros valores como la *utilidad*, la *verdad*, *el amor*, la *santidad*, etc. A través de la *utilidad* la *justicia* puede hacerse más o menos posible, en respectivas relaciones de integración o secuestro. El principio de beneficencia y el de no maleficencia se relacionan especialmente con el amor; la Bioética y el Bioderecho conocen también el principio de *justicia*.³²

Encontramos aquí un tipo de *justicia* que al principio era totalmente consensual, ya que en sus comienzos primaba el acuerdo entre las partes. Actualmente también se incluye una *justicia* extraconsensual, ya que con el avance normativo en el tema, se recurre con más herramientas a una jurisdicción a realizar un reclamo.

Lo mismo sucede en relación al orden de repartos, al principio encontrábamos una *justicia* parcial, todo se analizaba entre particulares o grupos y comités especializadas. Con el correr de los años, se desarrolló una *justicia* gubernamental, ya que el gobierno comenzó a regular esta actividad.

Al analizar la *justicia* respecto a los beneficiarios, también vislumbramos el cambio que se realizó. Al principio obteníamos una *justicia* con acepción de personas,

³² http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD42_4.pdf

sectorial, debido a los altos costos que tenían estas prácticas. Actualmente con leyes que permiten el acceso gratuito de toda la población esta justicia mutó en una justicia sin acepción de personas e integral, no haciendo diferencia según la persona y pudiendo recibir todos este reparto.

Cuando hablamos del objeto de esta justicia, puede resultar dificultoso, ya que al analizar si es simétrica o asimétrica, no resulta del todo claro, ya que al ser tan valioso lo que los beneficiarios reciben, la posibilidad de un niño, una familia, el amor mismo, lo que éstos a su vez le den a los repartidores nunca resultará equivalente, según ciertos puntos de vista. Aunque podríamos considerar que el Estado, al ser repartidor, termina recibiendo bienestar, orden social, simpatías políticas y, por supuesto, un aumento poblacional. Todo esto sin perder de vista el punto de que también resulta para el mismo estado un gran costo económico asegurar el acceso de toda la población a estas prácticas.

Lo mismo sucede al analizar las razones de la justicia en este reparto. Al ser tan grande su fin, sabemos sin lugar a dudas que es general y particular al mismo tiempo, ya que se encamina al bien común pero al particular también.

Pero al analizar si estamos frente a una justicia conmutativa o espontánea resulta difícil explicitar si hay contraprestaciones o no entre los beneficiarios y los repartidores y si éstas son equitativas.

Respecto a la forma, resulta claro que es una justicia dialogal y absoluta.

Encontramos que esta justicia produce materializaciones personales.

Si nos adentramos en el análisis de la justicia en el complejo axiológico, vemos el valor humanidad plenamente presente en este reparto. Acompañado por otros como la salud, la belleza, la justicia social y principalmente, el amor.

Surge la inquietud que en un futuro pueda también encontrarse aquí el valor utilidad, ya que estas técnicas podrían llegar a producir un gran cambio a nivel laboral.

Para finalizar, debemos mencionar que el utilitarismo plantea la exigencia de que el régimen sea humanista, tomando a cada hombre como un fin y no como un medio. Para realizarla expone la necesidad de que cada individuo sea protegido de todas las amenazas que pueden afectarla.

Vemos que respecto a las TRHA esto se cumple en nuestro país. Aquí se ha adoptado un régimen justo que toma al hombre como un fin. Y el humanismo demostrado es cada vez más intervencionista, ya que el gobierno ha comenzado a

regular todo lo relacionado con estas prácticas, colaborando también con ello los jueces con el dictado de sentencias que avalan esta práctica.

Como último, no podemos dejar de mencionar el gran fantasma que sobrevuela todo lo relacionado con los avances de las TRHA y la biotecnología.

Los avances científicos día a día nos sorprenden y la tentación de la manipulación genética sin límites y la producción de humanos en masa es una fantasía futurista cada vez más cercana.

La comunidad internacional se encuentra atenta tratando de evitar que el valor utilidad comience a cobrar peso y el valor humanidad que hasta ahora prima empiece a perder su espacio.

CONCLUSION

El mundo está cambiando a pasos agigantados.

Se está gestando la revolución que cambiara a la humanidad al igual que lo hicieron la revolución francesa y la industrial. Será la revolución biotecnológica la que modificará los cimientos sobre los cuales se funda la sociedad.

Con el avance social a la integración e igualdad de las diversas sexualidades, se comienzan a conformar nuevas maneras de reproducción y nuevas formas de familia.

Gracias a la utilización de diversas técnicas de reproducción asistida se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales, en tanto si bien podremos hablar de la utilización de estas técnicas en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para parejas heterosexuales -casadas o no- también y fundamentalmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás, tales como maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual.

Muchos países en el mundo se están adaptando a estos cambios. Argentina también lo hace, tal vez a un ritmo más pausado pero constante.

Nuestro país ha logrado grandes avances a los fines de adaptar la legislación a las nuevas formas de familia que surgen día a día. Esto se encuentra plasmado en la Ley

de Matrimonio Igualitario, la Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida y con el revolucionario instituto de la voluntad procreacional obrante en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo resulta necesario que Argentina siga con estos avances y se trate la regulación de la gestación por sustitución.

Al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el CCyC, esto genera gran inseguridad jurídica ya que al carecer los Registros de normativa que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme a la voluntad procreacional, esto provoca indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño nacido por medio de esta técnica. La jurisprudencia ha venido subsanando de alguna manera el vacío de regulación, pero es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo expresado, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal.

Al ser una práctica tan extendida, es de suma necesidad que los usuarios y proveedores de esta técnica de reproducción cuenten con una seguridad jurídica al momento de llevarla a cabo.

Tampoco resulta sano tener que recurrir a la declaración de inconstitucionalidades en nuestro derecho a los fines de dar respuesta a esta temática. En la gran mayoría de fallos presentados, a los fines de llevar una solución a las familias, se ha declarado en varias ocasiones la inconstitucionalidad del art. 562 de nuestro novísimo Código Civil y Comercial de la Nación.

Asimismo resulta contrario a los fines constitucionales argentinos de igualdad que no sea posible que todo aquel que necesite recurrir a estas prácticas pueda hacerlo. No resulta correcto que sea dificultoso realizar una gestación por sustitución dentro del país, pero que todo aquel que cuente con los medios suficientes pueda realizarlo en el exterior sin problemas ni demoras. Se produce aquí una grave diferenciación respecto a quién posee fortuna y quien no, lo que nos lleva a un grado de discriminación inaceptable.

Resulta de extrema necesidad que el Derecho cumpla una de sus más preciadas funciones, llevar armonía a la sociedad.³³ Es necesario que los legisladores aporten claridad en el postergado debate sobre este instituto tan actual como es la gestación por sustitución.³⁴ Se debe encontrar una solución a la gran cantidad de casos de gestación por sustitución que llegan a los juzgados cada vez más frecuentemente.

Esto ya se encuentra encaminado, ya que se han presentado gran cantidad de proyectos al Congreso a los fines de regular esta práctica.

La gestación por sustitución es una realidad y debe ser regulada a los fines de traer seguridad y respeto a los derechos humanos y constitucionales de las familias argentinas, que se encuentran vulnerados al no contar con una normativa específica a la cual acudir.

Solo resta que nuestro poder legislativo tome en sus manos la responsabilidad de poder brindarles a los habitantes de nuestra Nación la tan esperada respuesta a la pregunta de cómo conformar una familia en estos nuevos tiempos.

BIBLIOGRAFIA

1. www.aldiaargentina.microjuris.com/2014/02/12/maternidad-subrogada-la-voluntad-procreacional-sera-el-eje-a-tener-en-cuenta-para-determinar-la-maternidad/
2. <https://aldiaargentina.microjuris.com/tag/maternidad-subrogada/page/3/>
3. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Infojus, 2015)
4. <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires--inscripcion-nacimiento-fa13020016-2013-06-18/123456789-610-0203-1ots-eupmocsollaf>

³³ Flocco, Ana “Inédito fallo rosarino autoriza a un hombre a cambiar su nombre”, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/08/29/inedito-fallo-rosarino-autoriza-a-un-hombre-a-cambiar-su-nombre-flocco-ana/>

³⁴ Flocco, Ana , “Jueza rosarina autoriza gestación por sustitución entre hermanas”, 9-feb-2018, MJ-DOC-12377-AR | MJD12377.

5. <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/52-sentencia-gualeguay-2013>
6. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/11/FA.-PCIAL.-TRIB.-COLEG.-FLIA.-N%C2%BA7.-ROSARIO-SANTA-FE.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n..pdf>
7. <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/CFA.pdf>
8. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>
9. <http://www.saij.gob.ar/1er-juzgado-familia-local-mendoza-avo-acg-jjf-medida-autosatisfactiva-accion-declarativa-filiacion-fa15190015-2015-07-29/123456789-510-0915-1ots-eupmocsollaf>
10. <http://www.saij.gob.ar/1er-juzgado-familia-local-mendoza-avo-acg-jjf-medida-autosatisfactiva-accion-declarativa-filiacion-fa15190015-2015-07-29/123456789-510-0915-1ots-eupmocsollaf>
11. <http://www.eldial.com/nuevo/lite-jurisprudencia-etalle.asp?base=14&h=u&id=39099>
12. https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/03/juris_familia_nro-64.pdf
13. <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/06/Jurisprudencia2-Familiar-nRO-76-01.07.pdf>
14. <http://www.colectivoderechofamilia.com/.../Poder-Judicial-de-la-Naci%C3%B3n-JUZGADO-CIVIL-...>
15. <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/071/660/000071660.pdf>

16.<http://absta.info/juzgado-de-familia-nro-7-departamento-judicial-de-lomas-de-zam.html>

17.<http://absta.info/juzgado-de-familia-nro-7-departamento-judicial-de-lomas-de-zam.html>

18. <http://www.rubinzalonline.com.ar/fallo/18223/>

19.<http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA-N%C2%BA1-MENDOZA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n..pdf>

20.<http://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2017/09/28/se-ordeno-preventivamente-la-inscripcion-menores-nacidos-tecnicas-reproduccion-humana-asistida-gestacion-solidaria-sin-emplazar-progenitor-gestante/>

21.Flocco Gabrielli, Ana. “Técnicas de Reproducción Asistida. Su incidencia en el Derecho”. (Rosario, Editorial Juris, 2016)

22.<http://www.saij.gob.ar/1er-juzgado-familia-local-mendoza-avo-acg-jjf-medida-autosatisfactiva-accion-declarativa-filiacion-fa15190015-2015-07-29/123456789-510-0915-1ots-eupmocsollaf>

23.Gil Domínguez, A, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa; Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, (Editorial Ediar, 1º edición, 1º reimpresión, 2012).

24.Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. “La reproducción médica asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia en su regulación” (La Ley 8-8-2011).

25.Iñigo, Delia; Wagmaister, Adriana “Reproducción Humana asistida” Enciclopedia de derecho de Familia. Tomo III.E (Universidad, Buenos Aires 1994, pág. 551).

26.Lamm, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad Subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y su regulación legal” Revista de derecho de Familia nº 50. (Abeledo Perrot. Buenos Aires. Julio 2011).

27. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho Argentino. Texto y Contexto de las TRHA” Revista de Derecho Privado, Año 1, (Edición Infojus. Marzo de 2012.)
28. Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina. In Dret (Revista para el análisis del derecho. www.indret.com, Barcelona 2012)
29. Fortuna, Sebastián Ignacio, “Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el anteproyecto de CCYC.” RDF, n° 57, (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012).
30. Gil Domínguez, Andrés; Famá, M, Victoria; Herrera, Marisa, Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia, Ediar, 1era ed., (Buenos Aires 2010).
31. Galetti, Elvio, "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VII, nro. 1, (enero/febrero de 2015).
32. Flocco, Ana , “Jueza rosarina autoriza gestación por sustitución entre hermanas”, 9-feb-2018, MJ-DOC-12377-AR | MJD12377
33. Goldschmidt, Werner, “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6ª edición, 5ª reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1987.
34. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, U.N.R. Editora, 2012.
35. Ciuro Caldani, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984
36. Ciuro Caldani, Miguel Angel, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986
37. Ciuro Caldani, Miguel Angel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000
38. http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD42_4.pdf

39. Ciuro Caldani, Miguel Angel, "Metodología Jurídica", Rosario, Editorial Zeus, 2007
40. revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/14368/15395
41. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Ruiz-y-Valdes-GS-en-Mexico.pdf>
42. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/11015/TFG%20-%20Hernanz%20Pe%C3%8C%20rez%2C%20Enrique%20Manuel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
43. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6081240.pdf>
44. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Maria_E_Castillo_1.pdf
45. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comisión de Reformas Decreto 191/2011.

**«Fragmentos para la
reinvención de concepciones
del derecho, hacia la
formación de perfiles
profesionales críticos, desde
una desconstrucción de la
educación jurídica
instituida»**

Alumno: Pablo Mengascini

Director: Lic. Lilians Lopez

FRAGMENTOS PARA LA REINVENCIÓN DE CONCEPCIONES DEL DERECHO, HACIA LA FORMACIÓN DE PERFILES PROFESIONALES CRÍTICOS, DESDE UNA DESCONSTRUCCIÓN DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA INSTITUIDA.

B.1. Estrategia de escritura:

Este ensayo de investigación no se propone una demostración ni arribar a una conclusión o descubrimiento sino aportar algunas herramientas que viabilicen la construcción de nuevas concepciones del Derecho a partir de las lecturas críticas, constructivas y colaborativas que logre inducir, y que tiendan a su integración y perfeccionamiento, o a su impugnación o falta de practicidad. Más que a una obra o a un artefacto, se propone asemejarse a una caja de herramientas: contendrá algunos útiles específicos y otros de usos más múltiples; de algunos instrumentos, se notará su ausencia, deliberada en algunos casos, atribuible a desconocimientos en otros. Subyacente en la selección, se podrá leer un posicionamiento ético, epistemológico y político; la disposición de los utensilios manifestará una propuesta pedagógica, desde una didáctica que se propone superar la mera transmisión de conocimientos. El orden de los fragmentos no es (no puede ser) aleatorio ni arbitrario: como en las historietas o en los frisos escultóricos narrativos, la acción, lo que se quiere decir, está entre los espacios vacíos o inexistentes que separan las viñetas o en los movimientos ausentes de las figuras esculpidas: algo que necesariamente agregará quien lee, quien lea, en una lectura fuertemente condicionada por unas inscripciones que estarán impuestas pero que también harán todo lo que puedan por no aparecer como imposiciones sino como sugerencias o propuestas hacia un diálogo comunicativo que nos permita ir elaborando una respuesta propia, enmarcada en nuestra Historia y Presente latinoamericanos, a la pregunta que otorga protagonismo a las diversas y diferentes Concepciones del Derecho: ¿qué decimos cuando decimos Derecho/derechos?

Los fragmentos fueron ordenados en dos series. En la primera (fragmentos seriados con la numeración C.1...), nuestra intención es mostrar desde qué marco teórico, epistemológico, ético y político partimos en la investigación. En la segunda (fragmentos seriados con la numeración C.2...), empezamos a bucear en el océano de la investigación científica y los fragmentos aparecerán más articulados y con comentarios y anotaciones que harán más explícito qué se nos proponemos y a dónde queremos llegar.

B.2. Comentario preliminar.

“Recuerda, amigo mío, que el saber es más importante que la memoria, y que no debemos confiar ciegamente en las nociones adquiridas por el estudio.”

STOKER, Bram; “Drácula” (novela, 1897)

La tarea de investigar y la escritura de la investigación son actividades que se necesitan entre sí, pero que no se llevan bien: a la investigación le cuesta expresarse por escrito y la escritura (“traduttore, traditore”) termina imponiendo sus reglas, sus limitaciones y sus transformaciones, plenamente consciente de que sin ella no hay comunicación ni, por consiguiente, investigación en sentido intersubjetivo. También es un poco perversa: concedora de que la investigación depende de ella y de que será juzgada por ella, se vuelve engreída y abusa de su poder. Algo muy similar pasa con leer y escribir, con mirar y decir.

El Sentido Común nos dice que la lengua es un instrumento, que está a nuestro servicio y que nada ni nadie nos impide su utilización. El Sentido Común miente: muchas cosas no pueden decirse, muchas cosas no deben decirse, y la mayoría de las veces no decimos la lengua sino que somos dichos por ella. Pero todas las personas tenemos algo que hace que lo queremos decir coincida casi en términos de identidad con lo que terminamos expresando. Ese (o eso) algo, que recae generalmente en cosas muy diversas, se llama Experiencia.

Simplificando mucho un enunciado, podemos decir que a esta investigación la fuimos elaborando sin tener experiencia previa en la redacción de informes finales de investigación científica, y exagerando mucho otro enunciado, podemos decir que solicitamos buena predisposición de ánimo para leer lo que nuestra lengua ha hecho con nuestra investigación.

C. Fragmentos.

C.1. Sobre el título de este informe de investigación.

C.1.1. Fragmentos.

<<En las últimas páginas de la Lección inaugural [...] Barthes confronta la buena voluntad pedagógica que anima los discursos con pretensiones de enseñanza y se pregunta si es posible sostener tales discursos sin imponerlos. [...] Extremando el argumento, se podría afirmar que toda enseñanza tiende a la opresión porque busca, por sobre todas las cosas, imponer valores, pero esta constatación no pretende señalar un límite infranqueable, sino llamar la atención sobre una trampa que tiende a pasar desapercibida, porque suele resultar placentero valorar e identificarse con valores establecidos, pero que no habría que confundir con una fatalidad. Siempre es posible desbaratar las maquinaciones del poder simbólico (aunque no haya forma de bloquearlas por demasiado tiempo), y cuando se trata de lo que ocurre en una relación de enseñanza, Barthes apunta dos tácticas magistrales para resistir, o al menos aligerar, la presión moral que comprime los cuerpos del educador y del educando: “la fragmentación si se escribe... [y] la digresión si se expone o, para decirlo con una palabra preciosamente ambigua, la excursión” [...]. Como esta es la versión escrita y no la “desgrabación” de una “charla”, y como pretendo comunicarles mi interés y admiración por la obra de Barthes sin resultar demasiado opresivo, voy a fragmentar la exposición acerca de su perfil intelectual y su obra crítica encadenando una serie de entradas según un principio de recomienzo e insistencia más que de desarrollo.>>¹

C.1.2. Reinención.

C.1.2.1. Desde la propuesta pedagógica de Paulo Freire, podemos pensar el verbo “reinventar” o el sustantivo “reinención” de diversas maneras: como “reinención discursiva”, en un sentido que se acerca a la predisposición a la crítica y a la autocrítica en nuestras praxis; como “reinventar el mundo”, desde el estar esperanzado en la construcción de un mundo mejor, Esperanza que implica la visión de la Historia como el campo en que es posible lo nuevo, si quienes actuamos cotidianamente en ella así lo pensamos y queremos. Este último sentido es el que pretende estar más presente en el título.

¹ GIORDANO, A. “Roland Barthes, una presentación.” En: *Cuaderno de Trabajo nro.1*. FHUMYAR ediciones. UNR. Rosario. 2013. Pág. 10.

C.1.2.2. <<La tercera concepción podemos extraerla de las posibilidades de “reinventar Paulo Freire” a partir de su propuesta de “seguirlo sin repetirlo” o tomarlo como un “gurú” o un mito. [...] Como pensador (declarado y conscientemente) incompleto, a ejemplo de los pensadores seminales de la educación del siglo XX, Freire instiga/inspira a los lectores y a los investigadores de su obra a reinventarlo –sin necesariamente seguirlo. Podemos decir que el verbo reinventar es parte intrínseca del pensamiento-acción de Paulo Freire, y por eso, explícitamente o no, está presente en toda su obra.>>²

C.1.3. Desconstrucción.

O “deconstrucción” (aunque hay autores que estiman que se trata de una incorrecta traducción al castellano del verbo inglés “to deconstruct”, lengua que prefirió Jacques Derrida para explayarse sobre su propuesta metodológica, jamás conceptualizada por él)³. Sin sumergirnos en estériles problemas sobre un enunciado lingüístico, optamos por “desconstrucción”, asignándole un sentido de “una nueva y otra manera de leer” los textos significantes para superar, por la vía de las resignificaciones, los significados (supuestamente) determinados.

C.1.4. Educación.

C.1.4.1. <<Pedagogía. La Educación es el objeto de la Pedagogía, que a su vez puede ser considerada, en términos generales, como la teoría de la educación. Un enfoque epistemológico de la índole y de las condiciones de la Pedagogía remite a indagaciones que pasan por el meridiano del arte y de la técnica y desembocan en la ciencia de la educación. Explicitemos: arte en cuanto hacer, en sus connotaciones con la praxis (sin descartar la proyección pedagógica de lo estético, como actividad creativa,

² STRECK, D. (Coord.). “Diccionario Paulo Freire.” CEAAL, Consejo de Educación Popular de América Latina y el Caribe. Lima. 2015. Págs. 447, 448.

³ En torno a esto, p. v. FERRO, R. “Jacques Derrida: El largo trazo del último adiós.” Editorial Quadrata - Ediciones de la Biblioteca Nacional. Buenos Aires. 2009.

expresiva y comprensiva de la belleza), ya que la Pedagogía no es arte, en todo caso —y a su modo— solamente la educación puede ser concebida como tal.>>⁴

C.1.4.2. <<Educación. [...] En la historia del término educación se encuentra una pluralidad de significados. Ellos se superponen y se diferencian con los de Pedagogía. La distinción radical entre ambas palabras, considerando a la primera como práctica y a la segunda como teoría, reproduce la disociación positivista. Oculta el hecho de las transformaciones de sentido según las cuales educación y pedagogía son sinónimos, términos complementarios o excluyentes, como parte de enunciados que se inscriben en condiciones de producción, circulación y consumo específicos, y de la imposibilidad de prácticas educativas sin sentidos o de sentidos no inscriptos en procesos educativos concretos.

>> [...] Marx vinculó la educación a la política y al trabajo, considerando a este último un factor socializador básico. Destacó la capacidad de la educación para coadyuvar en la reproducción de las desigualdades, así como de incidir en la transformación de la conciencia social. [...] El filósofo Antonio Gramsci [...] planteó el carácter transformador de los procesos educativos. Utilizó la palabra educación como sinónimo de “proceso político pedagógico”, restableciendo la idea rousseauiana de centralidad de la antinomia “coerción-consenso” en el problema educativo. Michel Foucault, en su crítica al funcionalismo y al marxismo, denunció la vinculación íntima entre poder y saber, y la presencia del elemento político en la estructura de todo conocimiento educativo.>>⁵

C.1.5. Institución. Dialéctica instituyente-instituido. Pedagogía institucional.

C.1.5.1. <<Institución. En general puede decirse que es una configuración social, un conjunto de normas, roles y pautas de comportamiento aceptados en el seno de determinada sociedad y centrados en la satisfacción de una necesidad básica. [...]

>>Las particularidades de cada disciplina y su utilización por diversos autores confieren al término variados alcances.>>⁶

⁴ DI TELLA, T (et al). “Diccionario de ciencias sociales y políticas.” Emecé Editores. Buenos Aires. 2008. Pág. 547.

⁵ Íd. Págs. 211, 212.

⁶ Íd. Pág. 389.

C.1.5.2. <<Las formas sociales visibles, desde el momento en que están dotadas de una organización jurídica y/o material, por ejemplo una empresa, una escuela, un hospital, el sistema industrial, el sistema escolar, el sistema hospitalario de un país, reciben el nombre de instituciones.>>⁷

C.1.5.3. <<La palabra institución es polisémica; por ella pueden entenderse cosas diversas: desde que las instituciones son grupos oficiales o que tienden a oficializarse (empresa, escuela...), a que son sistemas de reglas que determinan formalmente la vida de esos grupos, a que son significaciones subyacentes que pertenecen al inconsciente del grupo o, en la perspectiva de Lévi-Strauss, que hacen depender el inconsciente individual de algunos aspectos de orden institucional. [...] Más en profundidad, la institución puede verse como la forma que adopta la reproducción y la producción de las relaciones sociales en un momento dado de producción, como el lugar en que se articulan las formas que adoptan las determinaciones de las relaciones sociales. [...] Analizar una empresa, una escuela, un hospital, desde el punto de vista institucional, consistirá en desentrañar el conjunto de fuerzas que operan en una situación aparentemente regida por normas universales. [...] El análisis institucional tiene como objetivo evidenciar en su realidad concreta el carácter dialéctico, positivo a la vez que negativo, de cualquier agrupación organizada.>>⁸

C.1.5.4. <<Para comprender mejor este carácter dialéctico, quizá sea útil recoger la distinción establecida por Lapassade en “Groupes, organisations et institutions y L’autogestion pédagogique”, entre Instituciones externas e instituciones internas. Las instituciones externas, aquellas de las que se ocupa la sociología de la educación, comprenden las reglas exteriores a la institución (si se trata de un establecimiento educativo, los programas, las instrucciones, los circuitos de autoridad, la jerarquía en que el personal está organizado, la burocracia pedagógica, etc.). Las instituciones internas comprenden, de una parte, las reglas internas del establecimiento y, de otra, el conjunto de técnicas institucionales a utilizar (normas de trabajo, consejo de cooperativa, etc.).>>⁹

⁷ LOUREAU, R. Citado en: PALACIOS, J. “La cuestión escolar.” Ediciones Colihue. Buenos Aires. 2010. Pág. 197

⁸ PALACIOS, J. “La cuestión escolar.” Ediciones Colihue. Buenos Aires. 2010. Págs. 196, 197.

⁹ Íd. Pág. 197.

C.1.5.5. <<Otra distinción, que ha establecido en esta ocasión Loureau en “Instituant contre institué”, es la que en toda institución existe entre lo instituido y lo instituyente. La institución tal como les es dada a los que a ella pertenecen, es decir, tal como está instituida, pertenece al ámbito de lo primero. La segunda refiere a las actividades que los que pertenecen a la institución organizan de cara a conseguir la satisfacción de sus necesidades a la solución de sus problemas; desde el momento en que la instituida no les sirve a ese nivel, los miembros de la institución se ven obligados a instituir medios (actividad instituyente) que sí les sirvan. Si lo instituido influye sobre lo instituyente, es decir, tiende a negarlo, lo instituyente, a su vez, tiende a negar esa negación en una especie de contra-transferencia institucional, según el término de Guigou. Lo instituyente es la instancia complementaria y opuesta de lo instituido, y de la relación dialéctica entre ambas instancias surgirán [...] procesos de cambio [...].

>>Loureau lo ha expresado con exactitud: “poner en cuestión nuestras implicaciones institucionales es siempre proponer una concepción de las instituciones en términos de regulación por la base, de crítica permanente de las normas instituidas, de desarrollo de las fuerzas instituyentes. Es desenmascarar el complot de las instituciones, que consiste en imponer por la constricción material (económica a física) e ideológica, una visión falsa de las relaciones de producción”.

>>Este desenmascaramiento se produce porque la actividad instituyente pone de manifiesto lo oculto tras lo instituido. A este respecto, tenemos que introducir, de nuevo de la mano de Loureau, un nuevo término: el analizador. Todo acontecimiento, hecho, dispositivo, susceptible de revelar las determinaciones reales de una situación, de descomponer una realidad tomada hasta entonces globalmente, es un analizador: “Se dará el nombre de analizador a la que permita revelar la estructura de la institución, provocarla, forzarla a hablar”. Si, por ejemplo, en una institución educativa, se instaura la autogestión, ésta funcionará como un analizador que permitirá ahondar el examen de la institución.>>¹⁰

C.1.5.6. << [...] cada vez que las instituciones internas de la clase se convierten en medios instituyentes que se utilizan para cambiar la estructura instituida, se está haciendo pedagogía institucional.>>¹¹

¹⁰ Íd. Págs. 197, 198.

¹¹ Íd. Pág. 198.

C.1.6. Derecho / derechos - concepciones del Derecho: Campo Científico.

C.1.6.1. <<El campo científico, como sistema de relaciones objetivas entre posiciones adquiridas (en las luchas anteriores), es el lugar (es decir, el espacio de juego) de una lucha competitiva que tiene por desafío específico el monopolio de la autoridad científica, inseparablemente definida como capacidad técnica y como poder social, o, si se prefiere, el monopolio de la competencia científica que es socialmente reconocida a un agente determinado, entendida en el sentido de capacidad de hablar e intervenir legítimamente (es decir, de manera autorizada y con autoridad) en materia de ciencia.

>>Dos comentarios breves para descartar posibles malos entendidos. Primero: hay que cuidarse de reducir las relaciones objetivas que son constitutivas del campo al conjunto de las interacciones, en el sentido de interaccionismo, es decir, al conjunto de estrategias que [...] en realidad él determina. [...] Por otra parte, habrá que precisar lo que quiere decir “socialmente reconocido”: veremos que el grupo que otorga este reconocimiento tiende siempre a reducirse más al conjunto de los sabios, es decir a los competidores, a medida que se acrecientan los recursos científicos acumulados y, correlativamente, la autonomía del campo.

>>Decir que el campo es un lugar de luchas no es sólo romper con la imagen pacífica de la “comunidad científica” como la ha descrito la hagiografía científica —y a menudo después de ella la sociología de la ciencia—, es decir, con la idea de una suerte de “reino de los fines” que no conocería otras leyes que las de la competencia pura y perfecta de las ideas, infaliblemente diferenciadas por la fuerza intrínseca de la idea verdadera. Es también recordar que el funcionamiento mismo del campo científico produce y supone una forma específica de intereses (las prácticas científicas no aparecen como “desinteresadas” más que por referencia a intereses diferentes, producidos y exigidos por otros campos).>>¹²

C.1.6.2. <<Puesto que todas las prácticas se orientan hacia la adquisición de la autoridad científica (prestigio, reconocimiento, celebridad, etc.), búsqueda intrínsecamente doble, lo que llamamos comúnmente interés por una actividad científica

¹² BOURDIEU, P. “Los usos sociales de la ciencia.” Nueva Visión. Buenos Aires. 2008. Págs. 12, 13.

(una disciplina, un sector de esa disciplina, un método, etc.) tiene siempre dos caras; y lo mismo ocurre con las estrategias que tienden a asegurar la satisfacción de este interés.

>>Un análisis que tratara de aislar una dimensión puramente “política” en los conflictos por la dominación en el campo científico sería tan radicalmente falso como su contraparte, más frecuente, el análisis que no considera sino las determinaciones “puras” y puramente intelectuales de los conflictos científicos. [...] los conflictos epistemológicos son siempre, inseparablemente, conflictos políticos: es por eso que una investigación sobre el poder en el campo científico podría comprender sólo cuestiones de tipo epistemológico.

>>De una definición rigurosa del campo científico como espacio objetivo de un juego donde se encuentran comprometidas posiciones científicas se deduce que es inútil distinguir determinaciones propiamente científicas y determinaciones propiamente sociales de prácticas esencialmente sobredeterminadas.>>¹³

C.1.6.3. <<Una auténtica ciencia de la ciencia no puede constituirse más que a condición de rechazar radicalmente la oposición abstracta (que se encuentra también en otros lados, por ejemplo en la historia del arte) entre un análisis inmanente o interno, que incumbiría propiamente a la epistemología y que restituiría la lógica según la cual la ciencia engendra sus propios problemas, y un análisis externo, que relaciona sus problemas con sus condiciones sociales de aparición. Es el campo científico el que, como lugar de una lucha política por la dominación científica, asigna a cada investigador, en función de la posición que ocupa, sus problemas, indisociablemente políticos y científicos, y sus métodos, estrategias científicas que, puesto que se definen expresa u objetivamente por referencia al sistema de posiciones políticas y científicas constitutivas del campo científico, son, al mismo tiempo, estrategias políticas. No hay “elección” científica —elección del área de investigación, elección de los métodos empleados, elección del lugar de publicación [...]— que no sea, por uno de sus aspectos, el menos confesado y el menos confesable, una estrategia política de ubicación al menos objetivamente orientada hacia la maximización del beneficio propiamente científico, es decir al reconocimiento susceptible de ser obtenido de los pares-competidores.>>¹⁴

¹³ Íd. Págs. 14, 15.

¹⁴ Íd. Págs. 17, 18.

C.1.6.4. <<Todas las producciones culturales, la filosofía, la historia, la ciencia, el arte, la literatura, etc., son el objeto de análisis con pretensión científica. Hay una historia de la literatura, una historia de la filosofía, una historia de las ciencias, etc., y en todos esos terrenos encontramos la misma oposición, el mismo antagonismo, a menudo considerados como irreductibles —el dominio del arte es sin duda uno de los lugares donde la oposición es más fuerte— entre las interpretaciones que podemos llamar internalistas o internas y las que podemos calificar de externalistas o externas. Grosso modo, están por un lado quienes sostienen que para comprender la literatura o la filosofía es suficiente leer los textos. Para los partidarios de este fetichismo del texto autonomizado, que floreció en Francia con la semiología y que hoy vuelve a prosperar en todo el mundo con lo que se denomina posmodernismo, el texto es el alfa y el omega y, cuando se trata de comprender un texto filosófico, un código jurídico o un poema, no hay que conocer nada más que su letra. Esquematizo un poco pero no demasiado.

>>En contraste, otra tradición, a menudo representada por personas que reivindicaban el marxismo, quiere remitir el texto al contexto y se propone interpretar las obras mediante su puesta en relación con el mundo social o el mundo económico. Hay toda clase de ejemplos de esta oposición, [...]

>> [...]

>>Elaboré la noción de campo para salir de esa disyuntiva. Se trata de una idea extremadamente simple, cuya función negativa es bastante evidente. Digo que para comprender una producción cultural (literatura, ciencia, etc.), no basta con referirse a su contenido textual, pero tampoco con referirse al contexto social y conformarse con una puesta en relación directa del texto y el contexto. [...] Mi hipótesis consiste en suponer que entre esos dos polos [...] hay un universo intermedio que llamo campo literario, artístico, jurídico o científico, es decir, el universo en el que se incluyen los agentes y las instituciones que producen, reproducen o difunden el arte, la literatura o la ciencia. Ese universo es un mundo social como los demás, pero que obedece a leyes sociales más o menos específicas.

>>La noción de campo pretende designar ese espacio relativamente autónomo, ese microcosmos provisto de sus propias leyes. Si bien está sometido, como el macrocosmos, a leyes sociales, éstas no son las mismas. Si bien nunca escapa del todo a las coacciones del macrocosmos, dispone de una autonomía parcial, más o menos marcada, con respecto a él. Y una de las grandes cuestiones que se planteará en

referencia a los campos (y los subcampos) científicos será precisamente el grado de autonomía de que disfrutan. [...]

>>En otras palabras, es preciso salir de la alternativa de la “ciencia pura”, totalmente liberada de cualquier necesidad social, y la “ciencia servil”, sometida a todas las exigencias político-económicas. El campo científico es un mundo social y, como tal, ejerce coacciones, situaciones, etc., pero que son relativamente independientes de las coacciones del mundo social global que lo engloba. En realidad, las coacciones externas, cualquiera sea su naturaleza, al no ejercerse sino por intermedio del campo, son mediatizadas por la lógica de éste.>>¹⁵

C.1.6.5. <<Una de las manifestaciones más visibles de la autonomía del campo es su capacidad de refractar, retraduciéndolas en una forma específica, las coacciones o demandas externas. [...]

>>Digamos que cuanto más autónomo es un campo, más intenso será su poder de refracción y más se transfigurarán las coacciones externas, al extremo de volverse, con frecuencia, absolutamente irreconocibles. El grado de autonomía de un campo, en consecuencia, tiene como indicador principal su poder de refracción, de retraducción. A la inversa, la heteronomía de un campo se manifiesta esencialmente en el hecho de que los problemas exteriores, en especial los políticos, se expresan directamente en él. Vale decir que la “politización” de una disciplina no es un indicio de una gran autonomía, y una de las grandes dificultades con que se topan las ciencias sociales para llegar a ésta es el hecho de que personas poco competentes, desde el punto de vista de las normas específicas, siempre pueden intervenir en nombre de principios heterónomos sin que se las descalifique de inmediato.

>>Si hoy en día ustedes intentas decirles a los biólogos que uno de sus descubrimientos es de izquierda o de derecha, católico o no católico, van a suscitar una franca hilaridad, pero no siempre fue así. En sociología todavía pueden decirse ese tipo de cosas. En economía, desde luego, también, por más que los economistas se esfuercen por hacer creer que ya no es posible.

>>Cualquier campo, el científico por ejemplo, es un campo de fuerzas y un campo de luchas por transformar ese campo de fuerzas.>>¹⁶

¹⁵ Íd. Págs. 73 a 75.

¹⁶ Íd. Págs. 75, 76.

C.1.7. Perfil profesional crítico.

Hay muchas maneras de posicionarse críticamente frente a un orden hegemónico. Ante un orden global fuertemente condicionado por la ideología del Fin de las Ideologías que se mueve pendularmente entre, por un lado, la inexorabilidad de lo que hay y, por otro lado, un relativismo cultural extremo sostenido en la declamación de la tolerancia (que no alcanza) y del respeto (que no se ve) a las diferencias, este ensayo se posiciona críticamente en la perspectiva de lo latinoamericano. El punto de vista implica empezar a pensar y a pensarnos desde un continente conquistado y arrasado por invasores europeos que se aventuraron en estas tierras con planes de saqueo y de exterminio; desde unas lenguas, unos Estados Nacionales y unos ordenamientos jurídicos, religiosos y culturales que fueron impuestos durante la Conquista o instaurados por los primeros gobiernos “independientes”: élites que gobernaron con la convicción de que había que parecerse a Europa para no quedar sepultados por el Progreso; desde la supervivencia de Pueblos Originarios con quienes convivimos y cuyas alteridades culturales fueron (y son) criminalizadas o tomadas como “datos” para la elaboración de doctrinas racistas que se propusieron (y doctrinas políticas que se proponen) su deshumanización; desde la urgente necesidad de apropiarnos de los elementos culturales ajenos (impuestos o acriticamente aceptados) para construir una Cultura propia que nos permita dejar de estar-en y pasar a habitar Latinoamérica. Esta última urgente necesidad es aún más urgente en los descendientes de inmigrantes europeos de las clases medias argentinas (“no soy de aquí, ni soy de allá”), clase social que contiene a la mayorías de los profesionales y de los docentes y estudiantes universitarios.

Dos citas, a continuación, graficarán dos miradas que podemos considerar polarizadas, enroladas ambas en el pensamiento crítico latinoamericano (la primera es del antropólogo y abogado argentino Adolfo Colombres; la segunda fue extraída de un libro cuyo autor —Paulo Freire—, podemos decir, reelaboró, en sus obras sucesivas, pero que citamos aquí, no como una muestra del pensamiento de ese autor, sino como un discurso que conserva vigencia, en términos de circulación):

<<América es antes que nada vida joven, sangre en movimiento, y ni Aristóteles, ni Kant, ni Hegel pueden hablarnos de la vida. Se agotaron en las telarañas de la causalidad, de la razón analítica o dialéctica —que es quizá la razón analítica puesta en marcha—, esa fastuosa herencia de la civilización. Es cierto que el racionalismo post-

kantiano había saltado ya de lo individual a lo social, pero esto no redimió a los oprimidos del Tercer Mundo, que serían sometidos por lo contrario a una cada vez más metódica destrucción. Hegel ve a los pueblos del África Negra “como una nación de niños que no sale de su estado de simplicidad, estado que no ofrece interés. Son vendidos y se dejan vender, sin preocuparse de saber si esto es conforme o no a la justicia. Su religión tiene algo de infantil. No adhieren a lo que sienten más elevado”. Para él, estos indígenas “no sienten deseos de libertad y aceptan de buen grado, sin resistencia alguna, la esclavitud”; es decir, tienen el espíritu cerrado. Creo que obvian comentarios sobre la naturaleza de estas observaciones. Y en cuanto a los pueblos originarios de América, estima que son de “una raza débil, que va extinguiéndose”. [...] Es menester, en consecuencia, indagar en nuestra historia, en nuestro ser concreto, única forma de arribar a lo esencial americano, a esa autodefinición sin impostaciones que es el presupuesto de todo verdadero proceso descolonizador.>>¹⁷

<<Nuestra colonización fue ante todo una empresa comercial. Nuestros colonizadores no tuvieron —y difícilmente podrían haberla tenido— intención de crear en la nueva tierra recién descubierta una civilización. Les interesaba la explotación comercial de la tierra. [...] Faltó ánimo a los colonos que se dirigían hacia acá, lo que habría dado posiblemente otro sentido al desarrollo de nuestra colonización. Les faltó “integración con la colonia”, con la nueva tierra. Su intención preponderante era realmente la de explotarla, la de permanecer “sobre” ella, no la de permanecer en ella y con ella, integrados. Por lo tanto, difícilmente hubieran venido con ánimo de trabajarla, de cultivarla.>>¹⁸

En todas sus versiones, el pensamiento crítico sobre lo latinoamericano se va elaborando en la consideración del par dialéctico Imperialismo - Descolonización: extremos antitéticos que aún buscan una propuesta de superación; extremos antitéticos que están presentes en la política internacional, en la cultura cotidiana y en los inconscientes particulares de las personas que vivimos en Latinoamérica como oprimidos y, a la vez, como opresores.

C.2. Cultura. Derecho. Semiología.

¹⁷ COLOMBRES, A. “La colonización cultural de la América indígena.” Ediciones del Sol - CEHASS. Buenos Aires. 1987. Págs. 18, 19.

¹⁸ FREIRE, P. “La educación como práctica de la libertad.” Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. 2009. Pág. 61.

Este trabajo de investigación se propuso, en un principio, elaborar una concepción del Derecho desde la Semiología. La hipótesis era que el Derecho, como discurso (u objeto) ideológico, político, histórico y cultural, podía prestarse a una interpretación o a un análisis semiológico (es decir, la actividad que no trata de descubrir qué cosa hay tras los discursos sino qué discursos hay tras las cosas¹⁹) tanto como una película cinematográfica, una novela, una escultura o una obra arquitectónica. Durante el trayecto del trabajo, el interés derivó a la posibilidad de utilización de la Semiología en la reinención de concepciones del Derecho. La pregunta nuclear pasó a formularse en los siguientes términos: ¿puede la Semiología hacer algún aporte válido para esclarecer qué decimos cuando decimos Derecho/derechos en Argentina, en Latinoamérica, en el siglo XXI?

Estrechamente vinculada a la Lingüística y adelantada por Ferdinand de Saussure (“Se puede, pues, concebir una ciencia que estudie la vida de los signos en el seno de la vida social. Tal ciencia sería parte de la psicología social, y por consiguiente de la psicología general. Nosotros la llamaremos semiología (del griego “semeion”, “signo”). Ella nos enseñará en qué consisten los signos y cuáles son las leyes que los gobiernan. Puesto que todavía no existe, no se puede decir qué es lo que ella será; pero tiene derecho a la existencia, y su lugar está determinado de antemano. La lingüística no es más que una parte de esta ciencia general. Las leyes que la semiología descubra serán aplicables a la lingüística, y así es como la lingüística se encontrará ligada a un dominio bien definido en el conjunto de los hechos humanos”²⁰), la Semiología tomará los signos como significantes para enmarcarlos en el campo de una cultura y verá signos en muchas más cosas que en los enunciados escritos u orales de una lengua. Sigmund Freud, en sus análisis de los sueños, de algunos errores del habla o en la escritura, y de algunos olvidos, al no considerarlos meros significantes para atribuirles un significado sino al tomar como verdaderos signos (para enmarcarlos, terapéuticamente, en la cultura

¹⁹ La formulación enunciativa no es nuestra, sino del semiólogo italiano Umberto Eco. Se trata de una aproximación a la Semiología. P.v. ECO, U. “La estrategia de la ilusión.” Lumen. Barcelona (España). 1999. La obra es una colección de ejercicios semiológicos escritos para la prensa no especializada. Su título original, traducido literalmente, es “Semiología cotidiana”. El autor expresa en el Prefacio: “Considero mi deber político invitar a mis lectores a que adopten frente a los discursos cotidianos una sospecha permanente, de la que ciertamente los semióticos profesionales sabrían hablar muy bien, pero que no requiere competencias científicas para ejercerse.”

²⁰ SAUSSURE (de), F. “Curso de lingüística general.” Losada. Buenos Aires. 2005. Pág. 66.

de sus pacientes) a aquellas manifestaciones del Inconsciente, también puede ser considerado un precursor en el uso de la metodología propuesta por esta ciencia en formación, tan en formación que ni siquiera hay consenso en su denominación: la tradición europea continental la llama Semiología; la anglosajona, Semiótica.

En la búsqueda de una respuesta a la pregunta nuclear, el trabajo de investigación recurrió a una mirada antropológica de la Cultura para tratar de vislumbrar cómo es que se emplaza en ella al Derecho.

C.2.1. Cultura.

C.2.1.1. <<La constitución y el crecimiento de las disciplinas antropológicas han producido una concepción amplia del término cultura. La UNESCO sugiere una síntesis cuando dice que: “La cultura definida únicamente a partir de criterios estéticos no expresa la realidad de otras formas culturales. Hay una tendencia unánime en favor de una definición socioantropológica de la cultura que abarque los rasgos existenciales, es decir concretos, de pueblos enteros: los modos de vida y producción, los sistemas de valores, las opiniones, las creencias, etcétera”. [...] Tratando de superar las limitaciones de enfoques parciales [...], podemos definir la cultura afirmando que se trata de una forma integral de vida creada histórica y socialmente por una comunidad, de acuerdo con la forma particular en que resuelva o entable las relaciones con la naturaleza, las de los integrantes en su seno, las relaciones con otras comunidades y con el ámbito de lo sobrenatural, a fin de dar continuidad y sentido a la totalidad de su existencia, mediante una tradición que sustenta su identidad.>>²¹

C.2.1.2. <<Por mi parte, quisiera transmitir mis propias vivencias sin la menor pretensión de agotar un tema inagotable por definición puesto que la cultura, siempre difícil de definir exactamente, es un proceso que recuerda al mito del fénix, un proceso cíclico e ininterrumpido a la vez, una dialéctica que incide en la historia y a la vez la refleja, un camaleón mental sentimental y estético que varía sus colores según las sociedades en las que se manifiesta. Como toda generalización, querer hablar de cultura en abstracto no es demasiado útil; pero sí lo es abordarla dentro de un contexto dado y

²¹ DI TELLA. Op. cit. Págs. 145, 146.

tratar de comprender su especificidad y sus modalidades, como quisiera hacerlo ahora y aquí.>>²²

En el amplio marco totalizador de la Cultura, nos encontramos con diferentes producciones. Todos los productos culturales pueden (provisoriamente, a los fines de iniciar una comprensión de lo que entendemos por Cultura) clasificarse en cuatro grandes áreas: Ciencia, Arte, Religión y Filosofía. Para esta tipificación recurrimos a una herramienta teórica propuesta por Max Weber:

C.2.2. Tipos Ideales weberianos.

C.2.2.1. <<Según Weber, “entender” un cierto fenómeno social implica establecer relaciones significativas entre motivos y actos, entre medios y fines. Para ello se vale del método comparativo y de los “tipos ideales”. Éstos son construcciones subjetivas del investigador creadas mediante abstracciones, adecuaciones, acentuaciones de ciertos rasgos y eliminación de otros, y que sirven como herramientas complementarias del método comparativo para la comprensión y eventual predicción de un fenómeno social determinado.>>²³

C.2.2.2. <<La “invención” de un recurso teórico metodológico permite a Weber superar el obstáculo que implica construir una teoría general de lo social a partir de un presupuesto individualista, negador de la entidad primigenia de lo colectivo. Este recurso es el tipo ideal, cuyos ejemplos paradigmáticos son los tipos puros de dominación legítima. Dichos tipos son construcciones elaboradas por Weber, con materiales tomados de la historia, los cuales no resultan arbitrarios por la metodología histórico-comparativa que le sirve de fundamento. Sin embargo, aunque no resulten arbitrarios, sí son formales. [...] Los tipos de dominación legítima son como “envases” vaciados de contenido material.>>²⁴

²² CORTÁZAR, J. “Ósmosis entre revolución y cultura” (discurso al recibir la Orden de la Independencia Cultural Rubén Darío en Managua, el 6 de febrero de 1983). En: CARDENAL, E. “Cortázar en Solentiname.” Editora Patria Grande. Buenos Aires. 2015. Pág. 94

²³ DE TELLA. Op. cit. Pág. 16.

²⁴ Íd. Pág. 723.

C.2.2.3. <<Weber llama “tipos ideales” a los modelos empíricos que describen una determinada homogeneidad, evidentemente, “ideal” del comportamiento de un fenómeno observable dado en su devenir histórico. Éstos son una versión analítica e instrumental de ese fenómeno, son las “abstracciones” empíricas puras en un cuadro coherente de determinación, al contrario de lo que se proponen las ciencias naturales que, en cambio, deducen el principio empírico de un caso particular a partir del conocimiento de leyes-modelos universales a las que recurren como supuestos válidos para esa “constelación individual” de fenómenos análogos. Para las ciencias de la cultura, los “tipos ideales” no sólo no pueden considerarse en modo alguno coherentes con el comportamiento de sus homólogos en la realidad, con los que no obstante guardan una relación exclusiva de comparación analítica, sino que además, el carácter de “individualidad” del significado específico del suceso considerado impide la elevación teórica de los “tipos ideales” a leyes universales que expliquen la configuración de la realidad.>>²⁵

C.2.2.4. <<Según Weber, un “tipo ideal” (“Idealtypus”, en alemán) es una construcción mental (o “Gedankenbild”) que tiene “el carácter de una utopía en sí, que es obtenida a partir de la exageración mental de determinados elementos de la realidad”. Tal construcción no debe implicar una contradicción lógica, pero “no corresponde al mundo real”. Podemos interpretar esto diciendo que un tipo ideal es un concepto o representación mental (situado en la mente del historiador, del sociólogo o del teórico económico) cuya descripción describe un estado de hechos lógicamente posible, pero que es difícil encontrar en el mundo real. [...]

>>Según Max Weber, el uso de estos conceptos es peculiar de las ciencias humanas frente a las ciencias naturales. [...] Esta idea de la demarcación entre ciencias naturales e históricas o sociales (“culturales”, dice también Weber) no es algo específico de Weber, sino que éste lo toma de Windelband y Rickert, dos filósofos alemanes de la escuela de Baden que influyeron decisivamente en la epistemología y la metodología weberianas. [...]

>>Si los tipos ideales resultan de tanta ayuda en ciencias sociales, cualquier información acerca del estatus lógico de estos conceptos y la manera en que típicamente

²⁵ GROSSI, E. “Weber. Las ciencias sociales antes la modernidad.” EMSE EDAPP. Barcelona (España). 2015. Págs. 57, 58.

los construimos debe interesar a los metodólogos; pero, desafortunadamente, Weber es aquí muy impreciso. De acuerdo con él, los tipos ideales no son hipótesis en sí mismos, pero pueden tener una función heurística y ayudar a construir hipótesis. No son conceptos de clase, sino conceptos límite formados por síntesis de varios y difusos eventos individuales concretos “más o menos presentes y ocasionalmente ausentes”, que son organizados, de acuerdo con ciertos puntos de vista, para formar un constructo conceptual unificado. El juicio de Weber acerca del estatus lógico de los tipos ideales es, pues, fundamentalmente negativo; [...] >>²⁶

C.2.3. Tipos Ideales de las producciones culturales.

Los fragmentos de este título tienen la intención de mostrar qué perfilamiento, más difuso que exacto, tratamos de asignarle a cada tipo, en una utilización de la herramienta elegida. Ellos serían:

C.2.3.1. Ciencia.

C.2.3.1.1. Para una concepción tradicional, estamos ante una Ciencia cuando nos encontramos con un objeto de estudio, un método, un corpus teórico elaborado o en elaboración, y prácticas de transformación acreditadas. Es ésta una concepción que se adecua al paradigma positivista; paradigma que, además, postulará la objetividad de los juicios y la neutralidad axiológica de las producciones científicas. Para una concepción menos tradicional, la Ciencia es lo que se enseña en el nivel educativo superior universitario: la física, la matemática, el psicoanálisis, la legislación laboral, los lenguajes de programación de ordenadores y la economía política son ciencias porque se enseñan en las universidades; el llamado arte culinario (a pesar de que utiliza instrumentos similares a los de las llamadas ciencias naturales, como termómetros y cronómetros, y herramientas teóricas de las llamadas ciencias formales, como el cálculo y la proporción entre magnitudes) no es una ciencia porque se enseña en otros ámbitos.

²⁶ DONATO (de), X. “El carácter de los tipos ideales weberianos y su relación con las ciencias naturales.” SciELO. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502007000200007
Consulta: 5 de marzo de 2018.

C.2.3.1.2. <<—Eres inteligente, querido John. Razonas bien y tienes un espíritu abierto, pero también estás lleno de prejuicios. No permites que tus oídos oigan y tus ojos vean, ni crees en las cosas que no forman parte de tu existencia cotidiana. ¿No piensas que hay cosas que, aunque no las comprendas, existen? ¿Que algunas personas ven lo que los demás no vemos? Existen cosas que los hombres no perciben porque conocen, o creen conocer, otras que se les ha enseñado. ¡Ah! He aquí el defecto de la ciencia; esta quisiera poder explicarlo todo, y, cuando no consigue explicar algo, declara que no hay nada que explicar. [...] Supongo que no crees en la transmutación de los cuerpos, ni en la materialización, ni en el cuerpo astral, ni en la lectura del pensamiento, ni en el hipnotismo...

>>—Sí, Charcot nos ha dado bastantes pruebas...

>>—O sea que de eso sí estás convencido —prosiguió...>>²⁷

C.2.3.1.3. <<Durel enseñaba de un modo bastante particular. Empezaba siempre en un tono mecánico, casi a disgusto, como si desaprobaba profundamente que en el programa figurase aquello de lo que estaba hablando, hasta que de pronto algo, una fórmula, el nombre de un teorema, o una demostración que exigiera algún detalle fuera de lo trivial, parecía animarlo y en un raptó de entusiasmo cubría con grandes trazos el pizarrón y se remontaba en sus cadenas de argumentos cada vez más lejos, mucho más allá de lo que nosotros podíamos seguirlo. Esto no lo preocupaba; eran fugas para sí mismo, un refugio en la belleza de las matemáticas, como si quisiera dejar sentada la supremacía de aquel orden hecho de símbolos e inferencias sobre el caos del aula.

>>Fue en uno de estos raptos cuando habló de los métodos de demostración en matemática. Estaba enseñándonos el Teorema de Ruffini y comenzó en algún momento un razonamiento que seguiría, nos dijo, el método de reducción al absurdo. ¿Absurdo?, preguntó una de sus fieles, a quien seguramente el ruido no había dejado escuchar las últimas palabras. Durel recibió aquella pregunta inocente como una ráfaga de felicidad, un pie inesperado para transportarse a sus sitios favoritos.

>>—Reducción al absurdo, sí —repitió, clavando con la mirada a aquella pobre chica—: uno de los métodos de demostración más antiguo, un método que ya conocían los griegos y que se aplica sistemáticamente, con total despreocupación, desde hace siglos, a tal punto que si se proscribieran de pronto todos los teoremas demostrados por

²⁷ STOKER, B. "Drácula" (novela). Sudamericana. Buenos Aires. 2016. Págs. 237, 238.

el absurdo, se derrumbaría íntegro el orgulloso edificio de la matemática. Y sin embargo la demostración por el absurdo reposa en la ley más precaria de la lógica: el principio del tercero excluido, la creencia de que entre el ser y el no ser no puede haber una tercera posibilidad. Fíjense —y escribió con rápidas letras una H, luego una flecha y luego una T—. Fíjense qué engañosa sencillez: se supone falsa la tesis y si bajo esta suposición se consigue probar que resulta falsa también la hipótesis, ya está, puede afirmarse la verdad de T. ¿Y por qué?

>>Por supuesto, nadie le contestó. Durel exclamó con incredulidad:

>>—Porque suponer su falsedad ha conducido a un absurdo —y golpeó la H en el pizarrón—: ¡que la hipótesis sea a la vez verdadera y falsa!

>> [...]

>>—De este modo —prosiguió Durel— pueden engendrarse por una vía puramente lógica entes complejísimos, absolutamente ficticios y que tienen sin embargo una existencia virtual, verdaderos monstruos de abstracción, sostenidos sólo por la confianza de los hombres en su forma de pensar.>>²⁸

C.2.3.1.4. <<La ciencia no tiene nunca otro fundamento más que la creencia colectiva en sus fundamentos, que produce y supone el funcionamiento mismo del campo científico.>>²⁹

C.2.3.1.5. Saber - poder.

C.2.3.1.5.1. <<—Sí, pero ¿qué clase de ciencia? —preguntó Mustafá Mond, con sarcasmo—. [...] Yo, en mis tiempos, fui un físico muy bueno. Demasiado bueno: lo bastante para comprender que toda nuestra ciencia no es más que un libro de cocina, con una teoría ortodoxa sobre el arte de cocinar que nadie puede poner en duda y una lista de recetas a la cual no debe añadirse ni una sola sin un permiso especial del jefe de cocina. Yo soy actualmente el jefe de cocina. Pero antes fui un joven e inquisitivo pinche de cocina. Y empecé a hacer algunos guisados por mi propia cuenta. Cocina heterodoxa, cocina ilícita. En realidad, un poco de auténtica ciencia.>>³⁰

²⁸ MARTÍNEZ, G. “Acerca de Roderer” (novela). Booket. Buenos Aires. 2009. Págs. 28 a 30.

²⁹ BOURDIEU. Op. cit. Pág. 43.

³⁰ HUXLEY, A. “Un mundo feliz” (novela). Plaza y Janés. Barcelona (España). 1969. Pág. 178.

C.2.3.1.5.2. <<Brujería/Hechicería. [...] El enfoque cultural de la brujería y la hechicería ha subrayado la coherencia lógica de estos sistemas de creencias: son teorías de tipo causal relativas al bien y al mal en el seno de la sociedad humana. Cualquier desgracia puede ser explicada de esta forma, implicando la necesidad de descubrir a sus agentes, es decir, a los brujos o hechiceros culpables. De esta forma se elabora una doctrina de la causalidad que desemboca en técnicas adivinatorias, y a la vez requiere el desarrollo de las artes de curación y defensa, con ayuda de los curanderos.>>³¹

C.2.3.1.5.3. <<Brujas. [...] El concepto que los clérigos y monjes tenían de las mujeres aparece en los tratados morales y religiosos, en que el hombre, es decir el monje, tiene tres enemigos implacables: el mundo, el demonio y la carne, y la mujer es aliada de los tres, además de ser el instrumento preferido del diablo para cautivar a los hombres, para dominarlos. [...]

>>>La imagen de la bruja que realizaba “pactos con el diablo” se oponía a la de la mujer virtuosa y esposa fiel. Con esa imagen y ese poder, las brujas contradecían el orden patriarcal, lo que las convirtió en culpables de los males de la humanidad. Según diversos autores, eran en su mayoría mujeres pobres que mantenían relaciones sexuales fuera de la familia y conocían y administraban la medicina popular de la época, sobre todo lo relacionado con los partos, la anticoncepción y el aborto. [...]

>>En 1642, en Norteamérica se dictaron las primeras leyes de represión a la brujería que la castigaban con la horca. Hasta 1692, en que comienzan los juicios de Salem, los casos fueron aislados. En tales procesos, las acusadoras fueron dos niñas, Abigail Williams y Ann Flutman, de 11 y 12 años, que, presas de ataques de histeria, acusaron a tres mujeres de haberlas embrujado. Dos de ellas murieron en la hoguera; la tercera dio el nombre de otras supuestas brujas y así se siguió inculcando gente, hasta que se llegó a acusar a la mujer del gobernador. Entonces se pararon los procesos y los jueces fueron acusados de ineptitud y falta de objetividad, tras lo cual no se volvió a condenar a muerte bajo acusación de brujería.>>³²

C.2.3.1.5.4. <<Justicia, fuerza. Es justo que lo que es justo sea obedecido; es necesario que lo que es más fuerte sea obedecido.

³¹ DI TELLA. Op. cit. Pág. 54.

³² Íd. Págs. 52 a 54.

>>La justicia sin la fuerza es desobedecida, porque siempre hay malos. La fuerza sin la justicia es discutida. Hay pues, que poner juntas la justicia y la fuerza, y para ello hacer que lo que es justo sea fuerte o que lo que es fuerte sea justo.

>>La justicia está sujeta a discusión. La fuerza es fácilmente reconocible y no admite discusión. Por eso no se ha podido dar la fuerza a la justicia, porque la fuerza ha contradicho a la justicia y ha dicho que era injusta, y ha dicho que era ella la que era justa.

>>Y así, al no poder hacer que lo que es justo fuese fuerte, se ha hecho que lo que es fuerte sea justo.>>³³

C.2.3.2. Arte.

C.2.3.2.1. En la antigüedad clásica griega, las artes eran consideradas prácticas (la del médico, la del arquitecto, la del político, la del guerrero...) o bellas (la del escultor, la del pintor, la del poeta...). El orden hegemónico medieval, sobre todo el escolástico, redujo las bellas artes a la servidumbre de una Señora: la Teología. En la temprana Modernidad, las artes se secularizan pero también se asocian a la elaboración ideológica, clasista y elitista de Alta Cultura, quedando perfiladas como un consumo lúdico, refinado u ornamental de clases sociales acomodadas, o como un patrimonio (o “capital social”) exclusivo de vanguardias iluminadas. Ya avanzada la Modernidad, aparece el fenómeno de la masificación de las artes, la mayoría de las veces asociado a producciones artísticas elaboradas para consumo de las llamadas “masas populares” y al servicio de una ideología que se pretende imponer a ellas. El Marketing Publicitario, canalizado por los medios de comunicación masivos, puede ser visto como una de las últimas apelaciones a las artes para el diseño de un monumental dispositivo de educación de masas en términos de instrucción domesticadora o colonizadora.

C.2.3.2.2. En las investigaciones históricas sobre la denominada Prehistoria, el fenómeno de las producciones artísticas va a aparecer como la primera (y aún vigente) actividad que humanizará (diferenciándolos definitivamente de los demás mamíferos

³³ PASCAL, B. “Pensamientos.” (Fragmento 103 en la disposición editorial de Lafuma; 298 en la Brunschvicg.) Gredos. Madrid. 2012. Pág. 49.

superiores) a esos grupos sociales tan oscuros y tan lejanos a nosotros que generalizamos con el enunciado Humanidad Prehistórica.

<<A la maravilla de lo conseguido por el hombre a lo largo de tantos milenios como acabamos de recorrer, le faltaba un complemento espiritual para que nos sintiéramos más próximos a esos abuelos nuestros que habíamos olvidado totalmente y a los que vemos agigantarse cada vez más al darnos cuenta, gracias a la labor del arqueólogo, de cuán milagrosos resultan su pervivencia y su genial espíritu de inventiva en medio de las mayores dificultades ambientales. [...]

>>Desde su comienzo, el arte mostró dos direcciones muy claras. Hemos de considerar como la más antigua a la escultura. Lógicamente, hay que suponer que el origen de esa actividad, aún respondiendo a un instinto humano que en esas razas progresivas busca la ocasión de satisfacerse, debía surgir ante formas casuales en que el hombre vería la reproducción de la figura animal, a la que su vida de cazador le acostumbraba. De ahí a la talla del hueso, la madera o la piedra para obtener una forma animal, se abría un proceso que no pudo ser demasiado complejo para un hombre como el del Paleolítico superior. Más grave es la cuestión de si ya en un momento anterior el hombre de Neandertal, a quien hemos calificado de sapiens, no pudo ya poseer una técnica escultórica. Algunos autores lo han pretendido así, y por nuestra parte, sin negar la posibilidad de que algún día esto pueda probarse, preferimos suponer que no hubo creación artística hasta un momento ya entrado en el Paleolítico superior, en una fase auriñaciense, alrededor de hace unos 30.000 años. A partir de esa fecha, proceso artístico evoluciona y se difunde, como veremos, por todo el Orbe. No creemos que la tradición artística se rompiera ya jamás, pasando de una a otra comarca y evolucionando a su manera.>>³⁴

C.2.3.2.3. En esta investigación, sobre todo en una elaboración final a manera de conclusión, trataremos de utilizar una concepción de “arte” bastante cercana a una definición de Aristóteles: “Así pues, el arte, como hemos dicho, es hábito productivo acompañado de razón (y la falta de arte, por el contrario, hábito productivo acompañado

³⁴ PERICOT, L. - MALUQUER DE MOTES, J. “La Humanidad Prehistórica.” Salvat. Estrella (Navarra - España). 1969. Págs. 63, 64. Las voces “raza” y “evolución” utilizadas se inscriben en la teoría de la evolución de las especies del naturalista inglés Charles Darwin, fundamento teórico que los autores presuponen explícitamente como válido al comienzo de la obra.

de razón falsa), referentes a las cosas que pueden ser de otra manera de como son”³⁵, en un rescate de la “tekne” de los griegos de la antigüedad clásica, perfilada como un sistema de pautas para la producción artística de artefactos prácticos.³⁶

C.2.3.3. Religión.

C.2.3.3.1. <<Él preguntó: ¿Qué cosa respira sin estar animada?

>>Ella contestó: ¡La mañana! Porque dice el Libro: “cuando la mañana respira...”>>³⁷

C.2.3.3.2. <<Llamamos “religión” a todo lo que supone una continuidad entre las verdades y la circulación del sentido.>>³⁸

<<La idea dominante es que la metafísica está históricamente agotada, pero que el más allá de este agotamiento no nos ha sido aún dado. Es en este sentido como entiendo la afirmación de Heidegger, en su declaración testamentaria: “Sólo un Dios puede salvarnos”. Heidegger no espera ciertamente una nueva religión. Él quiere decir que la salvación del pensamiento no puede estar en continuidad con su esfuerzo filosófico anterior. Hace falta que algo ocurra, y la palabra “Dios” designa este acontecimiento inaudito, incalculable, el único en adelante capaz de restituir al pensamiento a su destino original.>>³⁹

C.2.3.3.3. <<Las religiones rodean la angustia de inmensidad metafísica, la reducen a un padecimiento purificador y necesario para acceder al paraíso, la transforman en temor o la apaciguan con salmos invencibles y bondadosos.

>>Marx advirtió que las religiones funcionaban como teorías generales del mundo, como resúmenes enciclopédicos, como bálsamos espirituales, como canciones

³⁵ ARISTÓTELES. “Ética Nicomaquea.” (Libro VI, párrafo IV in fine.) Colihue. Buenos Aires. 2007. Pág. 208

³⁶ “Poética”, de Aristóteles, es una obra que puede leerse como un sistema de pautas teóricas para la producción literaria, es decir, una “tekne”.

³⁷ ANÓNIMO. “Las Mil y Una Noches.” (Historia de la docta Simpatía.) EDIMAT. Madrid. s/d. Pág. 293.

³⁸ BADIOU, A. “Condiciones.” Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. 2012. Pág. 72.

³⁹ Íd. Págs. 51, 52.

morales, como voces de consuelo para el pueblo y que sus creencias fantásticas abrigaban en la intemperie, a la vez que adormecían la protesta necesaria y debilitaban las acciones urgentes de los revolucionarios. Marx pensaba que oponerse a la religión era luchar contra el licor imaginario que embriagaba a los desvalidos, creía necesaria su abolición, como felicidad ilusoria, para conquistar la felicidad real, infería que las almas desgarradas, que no tenían acceso al jugo de amapolas, optaban por abrazarse a creencias mágicas. El poder de ese analgésico, de esa sustancia hipnótica, de ese fluido relajante (que alejaba preocupaciones, evitaba tristezas al yo desamparado o posibilitaba cierta autocomplacencia perdida) era sustituido por una promesa de protección celestial. La fórmula que decía que la religión es el opio del pueblo, advertía sobre la extraordinaria función de ese remedio para los pobres.

>>[...]

>>Marx advierte que el capitalismo pone a su favor ese compendio de ilusiones y promesas imaginarias que ofrece lo religioso. Si el mercado publicita el confort, la religión anuncia la reconfortación: el flujo espiritual en el que el abrazo, el consuelo y el respeto humanos son modos de lo sagrado.>>⁴⁰

C.2.3.3.4. <<En América latina el fenómeno religioso comienza a interesar cada vez más a numerosos científicos sociales. Lo que caracteriza a las investigaciones más recientes es la comprensión de lo religioso no sólo como legitimador de un orden social, sino también como generador de resistencias, luchas, enfrentamientos, a un determinado orden social que se concibe como no religioso, pecaminoso, etc. El fenómeno religioso es analizado dentro de un contexto social y nacional, atravesado por tensiones y conflictos dentro y fuera de su propio campo. Esto permite descubrir que la religiosidad es vivida de manera diferente según los diversos sectores sociales, la que para algunos sirve de legitimación, a otros les sirve de fundamento para la resistencia.

>>De este modo se descubre que el actuar de los creyentes —cristianos, judíos, musulmanes, etc.— está ligado también a la cosmovisión que su creencia aporta. La religión no es sólo rezar e ir al culto, sino también cantar, hablar, participar, comprometerse, organizarse, festejar, peregrinar, solidarizarse, educarse, construir. Las funciones sociales que se cumplen son infinitas, y es posible organizar “toda la vida

⁴⁰ PERCIA, M. “La angustia como afección anticapitalista.” En: *Pensamiento de los confines*. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Número 23 / 24. Abril de 2009. Págs. 72, 73.

desde lo religioso”. Pero aquellas actividades pueden o no encontrar espacios vacíos, pueden o no encontrar resistencias de otros grupos, pueden o no generar conflictos con el exterior. Si a eso le sumamos que esas actividades son vividas de manera diferente según el sector social al que se pertenezca, y según el momento histórico preciso en que se vive, vemos que el fenómeno religioso deja de ser “lo del más allá”, para ser una fuente de tensiones en el “aquí y ahora” de una realidad social determinada.>>⁴¹

C.2.3.4. Filosofía.

C.2.3.4.1. <<En el lenguaje de nuestro tiempo se entiende por filosofía el estudio científico de los problemas generales acerca del conocimiento de mundo y de la estimación de la vida. En torno de semejante idea, global e indeterminada, han intentado los filósofos llegar a definiciones más precisas, según los peculiares supuestos con que, en cada caso, iniciaron su faena especulativa y los resultados que de ésta obtuvieron. Pero las definiciones en parte se han alejado tanto entre sí, que no es posible conciliarlas; incluso se ha creído perdida la comunidad de su concepto. Por otra parte, aquel sentido general constituye ya una reducción y limitación del significado originario que los griegos daban al nombre de filosofía. Además, esta mudanza ha sido un hecho reiterado a lo largo de la historia entera de la vida espiritual de Occidente.>>⁴²

C.2.3.4.2. En el IV Curso Interdisciplinario Formación de Formadores⁴³, Norma Barbagelata⁴⁴, en su disertación sobre la temática “alteridad / alteridades”, distinguió entre filosofías sistemáticas (v.g. Spinoza, Hegel) y fragmentarias (v.g. Kierkegaard, Nietzsche). Manifestó que los Sistemas filosóficos con que contamos hoy (comparando “Ética” de Spinoza con un tratado de geometría, en cuanto la exposición y articulación de saberes y afirmaciones) fueron elaborados en un tiempo que no es el nuestro y para dar respuesta a problemas que difieren de los que nosotros tenemos. A las filosofías fragmentarias les cabe también esta crítica. Pero ambas nos presentan distintos modos

⁴¹ DI TELLA. Op. cit. Pág. 606.

⁴² WINDELBAND, W. “Historia general de la filosofía.” El Ateneo. Barcelona (España). 1970. Pág. 3.

⁴³ Organizado por Instituto de Investigaciones Paulo Freire Rosario, Facultad de Derecho, UNR; 24, 25 y 26 de agosto de 2011.

⁴⁴ Profesora y licenciada en Filosofía, UNR. Docente, investigadora UNL. Psicóloga, psicoanalista Universidad central de Barcelona, España.

de utilización: en los Sistemas no hay lugar para quien lee, porque los lugares están determinados de antemano; en las filosofías fragmentarias, quien lee encuentra un lugar o algunos lugares, si es que se toma el trabajo de construirlos.

C.2.3.4.3. << El pensamiento filosófico es una construcción abierta. Es parte de un rizoma ideativo. A pesar de esto, las mayúsculas segregadas por el orden burocrático de la institución universitaria se esfuerzan por mantener las disciplinas en su aislamiento y protegida pureza. La sociología, la ciencia política, la antropología, la psicología, la semiología, etc., se levantan como tótems para intercambiar fetiches con la señora filosofía.

>>No es la teoría sociológica o cualquiera de las teorías con pretensión científica la que colabora con el pensamiento filosófico. No se trata ni de un intercambio ni de un auxilio ni siquiera de una ayuda mutua entre saberes autorreferentes. Cada uno de estos ya inútiles sistemas de clausura ha padecido con o sin placer un proceso de mestizaje largo y profuso.

>>La filosofía, que no es una disciplina identificada a un método, ni siquiera a temas y problemas propios con sus respectivos objetos teóricos a la manera de un sistema de conocimiento, es la construcción de una forma-pensamiento.

>>A pesar de su utilidad en ocasiones, no concibo a la relación entre la filosofía y las ciencias sociales como un pasaje ida y vuelta entre puentes epistemológicos, con peajes metodológicos. Sin la materia de la historia y de trabajos concretos sobre situaciones concretas es un camino a la esterilidad y a una mala comida, mucha salsa, nada de carne.

>>La filosofía no es un saber o un sistema informativo que funciona de modo análogo a los confeccionados según protocolos disciplinarios. La actividad del pensamiento se yergue contra lo sabido para abrir espacios ocupados por verdades dichas y asumidas.

>>La filosofía es una máquina de soplos pensantes, su aspecto disolvente y sísmico es tan importante como su labor edificante.

>>Desde un punto de vista nominalista, al que adscribo, de acuerdo a las enseñanzas del maestro Michel Foucault, la filosofía es el despliegue histórico de las veridicciones, de las formas de decir la verdad, así como de las juridicciones, o formas de pensar y practicar la justicia, entre otras tareas, que incluyen, a pesar de su aparente distancia teórica, a la metafísica.

>>De todos modos apropiarse de la filosofía y ponerle patente de exclusividad, es una tarea vana, tal es la diversidad de estilos y de propuestas que presenta la historia de la filosofía. Desde el diálogo, al tratado, la suma, el aforismo, las máximas, sentencias, poemas, los sistemas, la crítica, las meditaciones, las confesiones, la fábula, todos los modos inacabados de la expresión filosófica y la singularidad de sus intervenciones en campos afines y lejanos, nos hablan de la imposibilidad de capturarla en un aparato de legitimidad.

>>La filosofía tiene un título de nobleza: la bastardía.>>⁴⁵

Para terminar con esta tipología ideal, que sólo sirve para su puesta en crisis y posterior reelaboración o resignificación, intentaremos vislumbrar qué relación tiene cada tipo con la (búsqueda de la) Verdad / las verdades, como preocupación omnipresente en los grupos humanos, diacrónica y sincrónicamente considerados. Brevemente, podemos considerar que la Ciencia descubre verdades, el Arte las finge, la Religión las infunde y la Filosofía las propone.

En el amplio campo de la realidad cultural, histórica y social, los tipos propuestos aparecerán confundidos y plurales: sólo podremos hablar de ciencias, artes, religiones y filosofías como sub-campos que mostrarán manifestaciones culturales concretas con límites y perfiles vaporosos, más que definidas, y proteicas más que estables.

El Derecho (orden jurídico vigente) y los derechos, en una mirada histórica, fueron apareciendo en el marco de la Religión / las religiones. Desde el llamado Paso del Mito al Logos hasta el fin del Helenismo, se fue emplazando en el campo de la Filosofía / las filosofías de la época: saberes racionales de una razón que veía a los fenómenos culturales como fenómenos de la naturaleza, lo que permitió la naturalización de la dicotomía “civilización o barbarie”. Con Roma, pasa a ser una delegación o imposición Estatal, según a qué sujetos de derecho se refirieran (lo “político” de las polis griegas pasa a desdoblarse en lo “civil”, como regulación de intereses entre particulares considerados iguales, y lo “público”, como imposición de gobernantes a súbditos). Durante los tiempos medievales, sobre todo con la hegemonía de la Iglesia Católica como único centro de poder, el Derecho / los derechos vuelve/n al

⁴⁵ ABRAHAM, T. “Exposición pública en el marco del Concurso para profesor Titular (Renovación del cargo) de la materia Filosofía CBC-UBA.” Tema propuesto por el Jurado. Blog de Tomás Abraham. <https://tomabra.wordpress.com/2008/09/25/la-filosofia-y-las-ciencias-sociales/> Consulta: 28 de febrero de 2018.

marco de una religión que infundió sus dogmas como ley, sus prohibiciones (pecados) como delitos, y su Santa Inquisición como Poder Judicial. En la Modernidad, en un primer momento, el Derecho / los derechos se secularizan, volviendo al ámbito estatal de las monarquías absolutas, y en un segundo momento, posterior a las revoluciones burguesas, al diseño de las repúblicas liberales y de las monarquías parlamentarias, al Utilitarismo filosófico, a la División de Poderes (más precisamente: la división de las funciones del Poder Estatal) y, sobre todo, al Positivismo filosófico, pasa a encuadrarse en los límites de la Ciencia / las ciencias. Las concepciones del Derecho que hoy reconocemos como las que circulan son las que se fueron elaborando en este último período y las que las abordan críticamente: jusnaturalismos fundamentados en la razón iluminista, positivismos jurídicos y teorías críticas del Derecho.

C.2.4. La Ciencia / las ciencias.

Muy probablemente, los momentos culminantes de la Razón (de la Razón abstracta, dialéctica en el sentido de Platón, lógica en el sentido de Aristóteles, geométrica, pura o práctica en términos kantianos o —de nuevo— dialéctica, hegeliana) en la Historia (tradicional) de la Filosofía sean la Antigüedad Clásica griega, desde la escuela de los eleáticos hasta el declive de los sistemas platónico y aristotélico, (y antes del Helenismo, que fue derivando a la filosofía hacia un campo de reflexiones más prácticas, o religiosas, que teóricas, haciendo de la filosofía un arte de vivir o un arte para la vida —considerada— buena) y el Siglo de las Luces, el siglo XVIII de nuestra era, que, en términos de la tradición filosófica podemos extender de Descartes a Hegel. En estos dos momentos, la Ciencia era una: la Filosofía. En estos dos momentos podemos ver en marcha a una Razón que se propone desplazar la Verdad de un orden mítico a lo que en la época se denominaba Ciencia, en el primer caso, y en el segundo, a una Razón iluminista que se proponía sepultar un orden teológico medieval que ya no mostraba síntomas de recuperación.

El siglo XIX y el Positivismo filosófico emplazará la Verdad en el campo de varias ciencias, todas ellas naturales (y, a veces, estableciendo un escalafón para ellas). Aquí podemos ver a una Razón (ya instrumental) que no inventó las ciencias naturales, sino que se propuso legitimarlas como el Saber que hay que saber, en una planificación más política que objetiva y neutralmente científica, y muy ayudada por el talante de las personas que forjaron tempranamente la Modernidad:

<<Aparte de las diferencias particulares, hay algo en común en quienes emprenden la difícil andadura de una renovación general del pensamiento, incomprendida desde fuera y a menudo solitaria, como se ve en los grandes hombres que en el umbral de la Modernidad sueñan con crear un mundo mejor para todos: quieren descubrir las cosas por sí mismos, desde cierta reserva autodidacta que se opone a la tradición; les obsesiona el conocimiento de la naturaleza y no se conforman con menos que alcanzar la perfección humana; pretenden —a la luz de la razón y del nuevo saber científico— “curar” el entendimiento y reorganizar la vida social mediante el desarrollo de la medicina, la educación y la técnica.>>⁴⁶

Pero el mismo siglo XIX es el que mostrará críticas al Positivismo que, continuadas y reformuladas en el siglo XX, culminarán con su deslegitimación como fundamento de lo científico para las ciencias sociales, históricas o de la cultura. Los llamados Maestros de la Sospecha: Marx, Nietzsche y Freud, aportarán elaboraciones que darán nuevos sentidos y nuevos planteos epistemológicos (es decir: lógico-científicos) a las ya perfiladas Ciencias Sociales, constituidas bajo el paradigma positivista y al servicio del etnocentrismo europeísta. Las “nuevas” Ciencias Sociales críticas criticarán al Positivismo pero no criticarán a la Ciencia como el lugar de lo que hay que saber.

<<Sólo conocemos una ciencia, la ciencia de la historia. La historia puede dividirse, considerada desde dos lados, en la historia de la naturaleza y la historia de los hombres. Ambos lados resultan, sin embargo, inseparables: en tanto existan seres humanos, la historia de la naturaleza y la historia de los hombres se condicionarán mutuamente. La historia de la naturaleza, la llamada ciencia natural, no nos afecta aquí; de la historia de los hombres habremos de ocuparnos en la medida en que la casi totalidad de las ideologías se reduce bien a una concepción errada, invertida, de dicha historia, bien a una abstracción completa de la misma. La ideología misma no es otra cosa que una de las caras de esta historia.>>⁴⁷

Aunque muchos y muchas psicoanalistas ya no se preocupen por el estatuto científico del psicoanálisis, Sigmund Freud se dedicó en muchos escritos a brindar argumentaciones y fundamentos epistemológicos que encajaban sus producciones

⁴⁶ ESPINOSA, L. “Baruch Spinoza, la razón de la alegría.” Estudio introductorio a: SPINOZA, B. “Ética.” Gredos. Madrid. 2011. Pág. XI.

⁴⁷ MARX, K. “Textos de filosofía, política y economía.” Gredos. Madrid. 2012. Pág. 77.

dentro de marcos científicos. Y su apelación a la literatura, tan frecuente en sus escritos, parece ser un “auxilio” a la Ciencia.

El “poeta” Friedrich Nietzsche (como lo presenta Wilhelm Windelband en su “Historia general...”) se presta a particulares lecturas: en la que él consideraba su obra capital o culminante (el Así habló Zaratustra), no hay lenguaje ni pretensión científica: su género es literario, su formato es de novela, y su registro es la imitación de los textos sagrados de las religiones instituidas. Pero en otros escritos filosóficos parece querer ubicarse en un lugar científico, sobre todo cuando apela a terminología más bien científica en su propuesta de un nuevo saber para la humanidad, v.g. cuando habla de “nuevos psicólogos” / “nueva psicología” en clara referencia a “nuevos filósofos” / “nueva filosofía”.

[Sobre el eterno retorno de lo idéntico] <<Cuenta Lou Andreas-Salomé, en su biografía del filósofo, que éste “trató de hallar la base irrefutable de su teoría en el estudio de la física y la constitución del átomo (...) Un estudio superficial bastó para convencerle de que no encontraría en la teoría del átomo la base científica de su doctrina”.>>⁴⁸

<<El interés apasionado que los investigadores en ciencias sociales manifiestan ante las ciencias de la naturaleza no se comprendería de otra manera: es la definición de principios de evaluación de su propia práctica lo que está en juego en su pretensión de imponer, en nombre de la epistemología o de la sociología de la ciencia, la definición legítima de la forma más legítima de la ciencia, es decir, la ciencia de la naturaleza.>>⁴⁹

Alain Badiou, en una publicación⁵⁰ de finales del siglo XX, afirma que la filosofía aún no se ha recuperado de la perplejidad que le causó el desmoronamiento del modelo metafísico. Podríamos afirmar que las Ciencias Sociales tampoco han encontrado más que suelo arenoso tras el derrumbe de sus fundamentaciones positivistas.

C.2.5. Materialismo / Idealismo.

El debate “materialismo - idealismo” transita la Historia (tradicional) de la Filosofía y la de las Ciencias. En la antigüedad clásica griega, las formulaciones

⁴⁸ LÓPEZ CASTELLÓN, E. “El mensaje de Nietzsche-Zaratustra.” Estudio preliminar a: “Así habló Zaratustra” en: NIETZSCHE, F. “Obras selectas”. EDIMAT. Madrid. s/d. Pág. 31.

⁴⁹ BOURDIEU. Op. cit. Pág. 22.

⁵⁰ BADIOU. Op. cit. #1.

filosóficas materialistas precedieron a las idealistas, y, aunque estas últimas prevalecieron (muy probablemente por haber brindado respuestas mejor aceptadas por el clima de época —principalmente las requeridas por el orden de la Polis— y por haber sabido evitar el gran problema “teórico” del materialismo: el determinismo mecanicista), aquéllas sobrevivieron como filosofías postergadas hasta Epicuro, durante el Helenismo. En la Modernidad, la ley de gravitación universal de Isaac Newton y el Positivismo filosófico recuperarán la versión materialista más extrema, la del materialismo monista⁵¹, según el cual hay un solo tipo de realidad: la realidad material⁵², la de la materia que sólo puede ser conocida por el cálculo y la mensura. Karl Marx reivindicará el materialismo en las ciencias sociales, pero es muy notorio que se trata de un nuevo materialismo:

<<El materialismo anterior, globalmente considerado (sin exceptuar el del Feuerbach), concibe el elemento objetivo, la realidad, la sensorialidad, bajo la forma, exclusivamente, de objeto o de visión, nunca como actividad sensorial humana, nunca como práctica, nunca, en suma, subjetivamente. Y ésa es su insuficiencia básica. Insuficiencia que explica, por otra parte, que el lado activo no haya sido desarrollado sino de manera abstracta, y en oposición al materialismo, por el idealismo —que, naturalmente, no conoce la actividad real, sensible, como tal—. Feuerbach postula objetos sensibles, objetos realmente diferentes de los objetos de pensamiento: pero tampoco concibe la actividad humana en cuanto a tal como actividad objetiva, material.>>⁵³

<<El problema de si a propósito del pensamiento humano puede o no hablarse de verdad objetiva no es un problema teórico, sino práctico. El hombre ha de acreditar la verdad, esto es, la potencia y realidad, la cismundaneidad de su pensamiento en la práctica misma. La disputa acerca de la realidad o irrealidad del pensamiento —un pensamiento aislado de la práctica— es una disputa netamente escolástica.>>⁵⁴

⁵¹ P. v. FERRATER MORA, J. “Diccionario de Filosofía.” Ariel. Barcelona (España). 2009. Tomo III. Pág. 2323 y ss.

⁵² A partir de Albert Einstein, materia y energía serán consideradas dos aspectos de una única realidad que sólo nos “habla” en lenguaje matemático.

⁵³ MARX, K. “Tesis sobre Feuerbach.” #1. Gredos. Madrid. 2012. Pág 155.

⁵⁴ Íd. #2. Págs. 155, 156.

<<Lo máximo a que llega el materialismo contemplativo, esto es, el materialismo que no concibe la sensorialidad como actividad práctica, es a la visión de los diferentes individuos y de la sociedad burguesa.>>⁵⁵

<<El punto de vista del viejo materialismo es la sociedad burguesa, el punto del vista del nuevo, la sociedad humana o la humanidad socializada.>>⁵⁶

Nos parece leer que Marx está proponiendo un materialismo de significados, de sentidos socialmente contruidos, orientados a la transformación del mundo de la cultura.

C.2.6. Una elaboración final, a manera de conclusión.

El Derecho como producto cultural y los derechos como producciones culturales no pueden ni siquiera aprehenderse en la desconsideración de la ideología, de la historia, del poder. En las Ciencias Sociales, cuando trabajamos sin tener en cuenta la producción ideológica, la disciplina histórica y el fenómeno social del poder, nos conducimos hacia la elaboración de ciencias humanas en las que lo humano está ausente porque los discursos quedan sin sujetos. El Derecho es Discurso, y los derechos se van construyendo, en la historia, a través de luchas que se expresan en órdenes discursivos para terminar plasmados en enunciados lingüísticos (o en “no-dichos” que también son Discurso) que serán leídos, esgrimidos o utilizados en la consideración de intereses o sospechas. El Derecho es Discurso: es discurso ideológico, histórico y político.

“El derecho es concebido en la teoría crítica como una práctica social específica, en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada. Esta tensión se manifiesta en los modos de producción, circulación y consumo del discurso jurídico, y será localizada tanto a nivel de la producción jurídica llevada a cabo por los distintos tipos y niveles de órganos designados en la institución social, como también en el nivel de la producción teórica.”⁵⁷

Si nos permitimos situar (en una desconstrucción de la educación jurídica instituida) al producto cultural Derecho en terrenos que no se circunscriban en los

⁵⁵ Íd. #9. Pág. 157.

⁵⁶ Íd. #10. Pág. 158.

⁵⁷ ENTELMAN, R. “Introducción.” En: LEGENDRE, P (et. al.). “El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos.” HACHETTE. Buenos Aires. 1982. Pág. 12.

límites, ni a las limitaciones, de una mirada científicista de la Ciencia, y extendemos su lugar en la Cultura a suelos fértiles que se corresponderían con esos lugares que tratamos de empezar a explicitar con la apelación al tipo ideal Arte, y si también nos permitimos considerar al Derecho como a un arte práctico que construye artefactos (normas jurídicas) que siempre podrán ser de una manera diferente a como resulten ser, y como a un orden discursivo que siempre funciona como un dispositivo pedagógico de gobierno, pensamos que con legitimidad podemos responder afirmativamente a la pregunta nuclear que motivó esta investigación:

La Semiología, comprendida, no tanto como la ciencia de los signos, sino como un arte para la producción de signos, significados y sentidos, social y dialógicamente construidos, puede hacer aportes válidos para la reinención de las concepciones del Derecho que ya tenemos, hacia la transformación del Derecho instituido o hacia la construcción de nuevos sentidos y significados que nos permitan pensar un otro Derecho más propio, o con mayores apropiaciones de elementos culturales ajenos, que pueda proponer algunas respuestas a los problemas acuciantes de Nuestra América.

Para finalizar, pensamos en (proponemos) una Semiología que no se constituya como una disciplina, sino que funcione como un espacio, un campo, una liza, que dé lugar a una inter¿disciplina?: unos entrecruzamientos, unas intersecciones, unos a-través-de que creen un Entre a ser habitado por las ciencias, las artes y las demás producciones culturales, sin jerarquías ni domesticaciones, y que, superando el mero intercambio comercial de saberes disciplinarios, se atreva tanto a la Denuncia (tan habitual en los planteos críticos) como al Anuncio (tan cercano a la innovación artística), en el sentido que Paulo Freire asigna a esos términos: “La educación problematizadora no es una fijación reaccionaria, es futuro revolucionario. De ahí que sea profética y, como tal, esperanzada. Profecía y esperanza que resultan del carácter utópico de tal forma de acción, tornándose la utopía en la unidad inquebrantable entre la denuncia y el anuncio. Denuncia de una realidad deshumanizante y anuncio de una realidad en que los hombres pueden ser más. Anuncio y denuncia no son, sin embargo, palabras vacías sino compromiso histórico.”⁵⁸ “... no hay denuncia verdadera sin compromiso de transformación, ni compromiso sin acción.”⁵⁹

⁵⁸ FREIRE, P. “Pedagogía del oprimido.” Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. 2010. Pág. 90 y nota.

⁵⁹ Íd. Pág. 98.

Denuncias y anuncios que, en sus formulaciones concretas, se materializarían como los “materiales” con los que trabaja el novedoso Materialismo filosófico que creemos leer en las Tesis sobre Feuerbach.

Un último comentario, quizá excesivo y, sin dudas, sobrante.

La última mitad o tercio de la novela Drácula es una aburrida persecución del vampiro emprendida por los protagonistas, quienes van armados y se sienten protegidos por crucifijos y hostias consagradas. Durante el vertiginoso frenesí persecutorio, en una reflexión que dura apenas un instante, el protagonista principal, Abraham Van Helsing, manifiesta a sus compañeros de aventura: “Nos hemos convertido en los locos de Dios”.

Inmersos en una cultura que ya incorporó el vocablo “posverdad”, ante unos medios masivos de comunicación que cambiaron el significado de la alienación, en un sistema de producción que altera perjudicialmente la atmósfera y los ecosistemas, ante el vaciamiento de sentido de “democracia” y “derechos humanos”, frente a una Economía Política neoliberal que funciona como una religión, en un Sistema Educativo Formal al que le falta tiempo para luchar contra el Marketing Publicitario, en un escenario de fragmentación social y de rotura de los lazos sociales... es legítimo que los científicos sociales y los estudiantes y docentes de las disciplinas humanísticas nos interroguemos si no estaremos siendo los locos de la Ciencia, los delirantes de la Verdad.

D. Bibliografía.

- ABRAHAM, Tomás. Exposición pública en el marco del Concurso para profesor Titular (Renovación del cargo) de la materia Filosofía CBC-UBA. Tema propuesto por el Jurado. Blog de Tomás Abraham. <https://tomabra.wordpress.com/2008/09/25/la-filosofia-y-las-ciencias-sociales/> Consulta: 28 de febrero de 2018.
- ANÓNIMO. Las mil y una noches. Madrid. EDIMAT. s/d.
- ARISTÓTELES. Ética Nicomaquea. Buenos Aires. Colihue. 2007.
— — Poética. Buenos Aires. Colihue. 2009.
- BADIOU, Alain. Condiciones. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores. 2012.
- BOURDIEU, Pierre. Los usos sociales de la ciencia. Buenos Aires. Nueva Visión. 2008.
- CARDENAL, Ernesto. Cortázar en Solentiname (crónicas). Buenos Aires. Editora Patria Grande. 2015.
- COLOMBRES, Adolfo. La colonización cultural de la América indígena. Buenos Aires. Ediciones del Sol - CEHASS. 1987.
- DI TELLA, Torcuato (et. al.). Diccionario de ciencias sociales y políticas. Buenos Aires. Emecé Editores. 2008.
- DONATO (de), Xavier. El carácter de los tipos ideales weberianos y su relación con las ciencias naturales. SciELO.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502007000200007 Consulta: 5 de marzo de 2018.
- ECO, Umberto. La estrategia de la ilusión. Barcelona (España). Lumen. 1999.
- ESPINOSA, Luciano. Baruch Spinoza, la razón de la alegría. Estudio introductorio a: SPINOZA, Baruch. Ética. Madrid. Gredos. 2011.
- FERRATER MORA, José. Diccionario de filosofía. Barcelona (España). Ariel. 2009.
- FERRO, Roberto. Jacques Derrida: El largo trazo del último adiós. Buenos Aires. Editorial Quadrata - Ediciones de la Biblioteca Nacional. 2009.
- FREIRE, Paulo. La educación como práctica de la libertad. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores. 2009.
— — Pedagogía del oprimido. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores. 2010.
- GIORDANO, Alberto. En: *Cuaderno de Trabajo nro.1*. Rosario. FHUMYAR ediciones. UNR. 2013.

- GROSSI, Erica. Weber. Las ciencias sociales antes la modernidad. Barcelona (España). EMSE EDAPP. 2015.
- HUXLEY, Aldous. Un mundo feliz (novela). Barcelona (España). Plaza y Janés. 1969.
- LEGENDRE, Pierre. El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos. Buenos Aires. HACHETTE. 1982.
- LÓPEZ CASTELLÓN, Enrique. El mensaje de Nietzsche-Zaratustra. Estudio preliminar a: Así habló Zaratustra, en: NIETZSCHE, Friedrich. Obras selectas. Madrid. EDIMAT. s/d.
- MARTÍNEZ, Guillermo. Acerca de Roderer (novela). Buenos Aires. Booket. 2009.
- MARX, Karl. Textos de filosofía, política y economía. Madrid. Gredos. 2012.
— — Tesis sobre Feuerbach. Madrid. Gredos. 2012.
- PALACIOS, Jesús. La cuestión escolar. Buenos Aires. Colihue. 2010.
- PASCAL, Blaise. Pensamientos. Madrid. Gredos. 2012.
- PERCIA, Marcelo. La angustia como afección anticapitalista. En: *Pensamiento de los confines*. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Número 23 / 24. Buenos Aires. Abril de 2009.
- PERICOT, Luis - MALUQUER DE MOTES, Juan. La humanidad prehistórica. Estrella (Navarra - España). Salvat. 1969.
- SAUSSURE (de), Ferdinand. Curso de lingüística general. Buenos Aires. Losada. 2005.
- STOKER, Bram. Drácula (novela). Buenos Aires. Sudamericana. 2016.
- STRECK, Danilo (Coord.). Diccionario Paulo Freire. Lima. CEAAL, Consejo de Educación Popular de América Latina y el Caribe. 2015.
- WINDELBAND, Wilhelm. Historia general de la filosofía. Barcelona (España). El Ateneo. 1970.

—

«Perspectivas de aplicación del derecho real de superficie para la regularización dominial de asentamientos informales en la ciudad de Rosario»

Alumno: Josefina Del Río

Director: Eliana Privitera

PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE PARA LA REGULARIZACIÓN DOMINIAL DE ASENTAMIENTOS INFORMALES EN LA CIUDAD DE ROSARIO

Objetivos

El presente trabajo de investigación ha tenido por objeto analizar la factibilidad de la implementación del derecho real de superficie a los fines de posibilitar la regularización dominial de asentamientos informales ubicados en la ciudad de Rosario.

Además, se ha propuesto indagar acerca de las ventajas y desventajas de su aplicación como instrumento regularizador de la relación del sujeto con el suelo y la vivienda, proponiendo al derecho de superficie como una herramienta idónea para garantizar los derechos al hábitat, al suelo, a la vivienda y a la ciudad.

Antecedentes y marco teórico

Se ha tomado como punto de partida la necesidad de avanzar en el estudio e implementación de instrumentos jurídicos -de gestión de suelo- que permitan a los sectores de menores recursos económicos acceder al suelo urbano.

Atento a su complejidad, el análisis del estado de situación supuso diseccionar los distintos elementos que configuran la problemática para su estudio pormenorizado:

1. El déficit habitacional se traduce -entre otros fenómenos- en el establecimiento y desarrollo de asentamientos informales.

Teniendo en cuenta que, según datos del INDEC¹, en la actualidad el 28,4% de los hogares argentinos padecen situaciones habitacionales calificadas como deficitarias, la

¹ El Instituto Nacional de Censos y Estadísticas dentro de la temática “Condiciones Habitacionales” se utiliza los siguientes indicadores sociodemográficos: “déficit habitacional cualitativo” (muestra la situación de hogares que habitan en viviendas deficitarias, es decir, aquellas cuyas condiciones de estado y localización requieren reparaciones o se encuentran incompletas) y “déficit habitacional cuantitativo compuesto” (muestra el déficit habitacional cuantitativo que se define por la relación numérica entre viviendas y hogares, y por la residencia en viviendas de tipo irrecuperable).

cuestión habitacional y el acceso formal al suelo urbanizado se constituyen como algunas de las problemáticas de mayor urgencia y prioridad en la agenda pública.

Al mes de abril del año 2017, nuestro país registraba 3.500.000 hogares deficitarios², de los cuales el 43% presentaba un déficit cuantitativo.

La existencia de un elevado número de familias que no pueden acceder al mercado formal del suelo urbanizado ha significado -históricamente- su establecimiento en asentamientos informales insertos en la trama de la ciudad.

De acuerdo a la conceptualización operativa de la ONG Un techo para mi País, se entiende por asentamiento informal un *“conjunto de un mínimo de ocho familias agrupadas o contiguas, en donde más de la mitad de la población no cuenta con título de propiedad del suelo, ni cuenta con acceso regular a al menos dos de los servicios básicos: red de agua corriente, red de energía eléctrica con medidor domiciliario y/o red cloacal”*.³

Conceptualmente, estos asentamientos informales *“se caracterizan por ser barrios cuyos conjuntos de viviendas, que presentan diferentes grados de precariedad y hacinamiento, buscan mantener la trama urbana como continuidad del tejido de la ciudad formal. Éstos fueron conformados a través de diversas estrategias de ocupación del suelo, presentan un déficit en el acceso formal a los servicios básicos y una situación dominial irregular en la tenencia del suelo”*.⁴

En el aglomerado urbano denominado Gran Rosario, que surgió como consecuencia de la expansión de la ciudad sobre un conjunto de localidades aledañas, existían *“al primer semestre de 2013, 172 asentamientos informales y se estima que viven en ellos aproximadamente 50.500 familias (...) De los 172 asentamientos informales detectados,*

² KERR, Iván (Subsecretario de Desarrollo Urbano y Vivienda de la Nación) en panel titulado: “La Vivienda: Perspectivas en un nuevo escenario”. Foro Vivienda 2017 Rosario.

³ UN TECHO PARA MI PAÍS. Relevamiento de asentamientos informales (2013) Disponible en: http://www.mapaasentamientos.com.ar/downloads/Relevamientos_de_asentamientos_2013_BAJA.pdf Consultado el 21/11/2016.

⁴ UN TECHO PARA MI PAÍS, ob. cit. Si bien la investigación circunscribe el ámbito de estudio a la ciudad de Rosario, el relevamiento del año 2013 se efectuó en todo el país y toma como referencia el área del Gran Rosario.

89 responden a las características de villa, 73 a las de asentamiento y sólo 10 son clasificados como “barrios populares informales”.⁵

Según datos de la misma ONG, al 2017, el número de asentamientos de la ciudad de Rosario ascendía a 111, y se estima que viven en ellos aproximadamente 34.510 familias (es decir, 162.197 personas). Esta cifra implica que el 17% de la población total de la ciudad -distribuida en 120,37 km² de suelo urbanizado- habita en condiciones deficitarias.

2. Existe un gran porcentaje de suelo urbano -con acceso a los servicios públicos esenciales- vacante.

De acuerdo a los datos proporcionados por el Servicio de Catastro e Información Territorial de la Provincia de Santa Fe, al día de la fecha, la superficie urbana baldía de la ciudad de Rosario asciende a 2.969,26 hectáreas, lo que representa el 22,4% del total de suelo urbano. Desde el punto de vista jurídico dominial, la propiedad de la tierra vacante corresponde a los particulares (1.659,01 ha); al Estado Nacional, Provincial o Municipal en calidad de tierra fiscal (952,54 ha) o bajo la forma de bienes del dominio privado (70,90 ha), y a diversos cultos religiosos (12,95 ha).

TV Rosario – 2017	
Tipo de propietario	Superficie en hectáreas
Particular	1.659,0136
Fiscal Provincial	249,5467
Fiscal Nacional	311,3564
Fiscal Municipal	391,6382
Cultos Religiosos	12,9535
Fiscal Provincial No exenta	20,6458
Fiscal Nacional No exenta	49,7545
Fiscal Municipal No exenta	0,4966
Sin Dato	0,8527

⁵ UN TECHO PARA MI PAÍS, ob. cit.

Totales	2.696,2579
----------------	-------------------

Resulta importante destacar que las cifras presentadas no reflejan fielmente la realidad debido a dos situaciones:

A. En primer lugar, la calidad de baldío para el SCIT resulta de la inexistencia de mejoras catastralmente declaradas, por lo cual son considerados como tierra vacante terrenos que, en los hechos, se encuentran ocupados con construcciones irregulares, como es el caso de los asentamientos informales, las villas y los barrios populares.

B. En segundo lugar, no se tiene en cuenta la “tierra vacante latente”, es decir aquellos inmuebles que son susceptibles de sustitución por encontrarse muy deteriorados o en estado de ruina, o por haber quedado desocupados como consecuencia de diversos factores, como son el cambio en los patrones de ocupación y en los usos del suelo en determinadas zonas de la ciudad.

Resulta necesario aclarar que la situación de la tierra vacante varía notablemente teniendo en cuenta su localización en el mapa territorial de nuestra ciudad. Las Ordenanzas de Reordenamiento Urbano (n° 8243/08, 8244/08, 8980/12 y 9068/13) reconocen la existencia de 4 áreas en la ciudad: el área central, el primer anillo perimetral al área central, el segundo anillo perimetral al área central y los cordones perimetrales.

En el área central y el primer anillo, existe escasa tierra vacante, y, en general, se trata de supuestos de tierra vacante latente bajo la forma de inmuebles susceptibles de sustitución.

En el segundo anillo perimetral y los cordones, existe mayor cantidad de tierra vacante, distribuida en terrenos de mayor extensión, gran parte de los cuales han sido objeto de ocupación irregular, consolidándose en ellos la gran mayoría de los asentamientos informales.

Cabe recordar que la tierra vacante incide negativamente en la producción de la ciudad, ya que constituye una manifestación tangible del fracaso de las políticas públicas urbanísticas en la concreción de un uso racional y eficiente del recurso suelo. El crecimiento disperso y difuso de las ciudades, con la consecuente baja densidad poblacional, importa grandes costos en materia de provisión de infraestructura y servicios públicos. De esta manera, la existencia de tierra vacante “...expresa, por lo tanto, irracionalidad en términos sociales, e inequidad relativa a la apropiación privada de los beneficios producidos socialmente; al existir una cantidad de terrenos sin uso, el conjunto de la sociedad debe mantener, a costos extremadamente altos, inversiones en infraestructura y servicios, así como su gestión administrativa”⁶.

3. La existencia de tierra urbana vacante responde a múltiples y complejos fenómenos.

En primer lugar, en nuestro país cada Provincia tiene el poder originario sobre el recurso suelo, atento a que se trata de una competencia reservada, y no delegada, al gobierno nacional. Al día de la fecha, Santa Fe carece de una ley de suelo y de acceso al hábitat. Si bien hay numerosos proyectos, ninguno ha obtenido sanción legislativa.

De obtenerse la sanción legislativa, la ley de uso del suelo y hábitat debería respetar - como mínimo- a 5 principios rectores⁷:

1. El derecho a la ciudad, consistente en el uso y goce de las mismas dentro de los principios de sostenibilidad, democracia, equidad y justicia social.
2. El derecho al hábitat y una vivienda digna, teniendo en cuenta que el acceso a los mismos no supone el derecho de propiedad.
3. La función social de la propiedad, es decir el uso socialmente justo, con equidad interpersonal y de géneros, y ambientalmente equilibrado, del espacio y suelo urbano.
4. La gestión democrática de la propiedad.
5. La democratización del acceso al suelo.

⁶ Clichevsky, Nora “La Tierra Vacante “Revisitada”. Elementos Explicativos y Potencialidades -de Utilización”, Revista Cuaderno Urbano, Resistencia, 2010

⁷ Estos principios están tomados del proyecto de Ley de Uso de Suelo y Hábitat presentado por el Gobierno de la Provincia de Santa Fe para su tratamiento legislativo.

En segundo lugar, la política fiscal -provincial y municipal- es deficiente, con indicadores incongruentes con la realidad, y sin mecanismos idóneos de captación de plusvalía.

Por un lado, el Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe -ley provincial n° 3456- establece y regula el Impuesto Inmobiliario. Si bien prevé una serie de mecanismos para tornar más gravosa la obligación tributaria de los propietarios de inmuebles baldíos⁸, los mismos resultan insuficientes para desalentar la especulación.

Cabe resaltar que la base imponible de dicho impuesto está constituida por la valuación del inmueble de conformidad con las leyes de valuación y catastro, los cuales -aun multiplicados por los coeficientes de actualización fijados por la Ley Impositiva Anual- siguen siendo “accesibles” para los poseedores de terrenos ubicados estratégicamente y cuyos propietarios los conservan a la espera de su revalorización.

Por el otro, el Código Tributario de la ciudad de Rosario -decreto ordenanza n° 9476/1978- establece y regula la Tasa General de Inmuebles⁹. Si bien en su articulado prevé un “adicional de promoción urbana” que deberá abonarse en los casos de suelo vacante sin edificar y/o urbanizar ubicado en zona urbanizable, el mismo no resulta sustancial para el contribuyente.

En otras palabras, los montos desactualizados del Impuesto Inmobiliario y de la Tasa General de Inmuebles en relación al valor real del suelo urbano, hacen que a los propietarios les resulte rentable dejar el suelo ocioso -a la espera de su revalorización- antes que ingresarlo al circuito formal de operaciones inmobiliarias.

⁸ A. Impuesto inmobiliario adicional para aquellos terrenos situados en zonas urbanas que el propio Código considere fiscalmente como baldíos (aquellos ubicados dentro del radio urbano de los municipios y comunas cuando los mismos no tengan mejoras habitables o cuando tengan mejoras que sin ser habitables, no cumplan con el propósito para el que fueron efectuadas).

B. Impuesto inmobiliario adicional a grandes propietarios de suelo urbano vacante (GPSUV). Se aplica a aquellos contribuyentes que sean titulares o poseedores de un inmueble o conjunto de ellos, identificados como suelo urbano vacante, cuya extensión supere de 3.000 m². El adicional se calcula como un incremento del 100% del impuesto inmobiliario.

⁹ Es la prestación pecuniaria que anualmente debe obrarse al Municipio por los servicios vinculados de asistencia pública, mantenimiento de alumbrado, barrido, riego, recolección de residuos, arreglo de calles, conservación de plazas, paseos, red vial municipal, desagües, alcantarillas, realización y conservación de obras públicas necesarias para el desarrollo de las funciones municipales y los servicios complementarios y conexos que se presten a la propiedad inmobiliaria.

A los fines de constatar la situación tributaria de los inmuebles sitios en nuestra ciudad, se procedió a analizar críticamente un expediente de expropiación llevado adelante por la Dirección Provincial de Vivienda y Urbanismo, ente autárquico dentro de la órbita de la Secretaria de Estado del Hábitat.

Expropiación de la DPVyU	
Año	2017 – por Convenio de Avenimiento Expropiatorio.
Objeto	2 lotes de terreno ubicados en la zona Oeste de la ciudad de Rosario. Se individualizan como: Lote 3 – 7,1366 Ha. Lote A – 1,4272 Ha.
Impuesto inmobiliario	Lote 3 Superficie tierra en m2: 71.366 m2. Imponible tierra: \$50.933,91. Superficie mejoras en m2: 0. Imponible mejoras: 0,00. Importe del impuesto bimestral al 2017: \$233,00. Lote A Superficie tierra en m2: 14.272 m2. Imponible tierra: \$10.185,93. Superficie mejoras en m2: 0. Imponible mejoras: 0,00. Importe del impuesto bimestral al 2017: \$85,00.
Tasa general de Inmuebles	Hay unificación tributaria. Importe TGI mensual al 2017: \$1235,36.
Total tributos	Se abona mensualmente un promedio de \$1.277,50.
Indemnización	\$8.157.024,00.-
Conclusión	El monto de la indemnización integral se fija a la fecha de toma de posesión (es decir, contra la firma del convenio de avenimiento). Esto supone el desembolso de la suma mencionada en dos pagos, de acuerdo a lo pactado.

	<p>Es importante tener en cuenta que el Estado estará abonando dentro de los rubros o conceptos indemnizatorios el mayor valor del suelo urbano generado por su propio accionar (es decir, la plusvalía).</p> <p>Esto justifica la lógica especulativa del propietario inmobiliario en retener parcelas de suelo urbano, sustraídas del mercado formal -aun cuando las mismas se encuentran ocupadas desde hace décadas.</p>
--	--

En tercer lugar, la especulación vinculada al suelo como bien de capital incide negativamente en la posibilidad de acceso a un inmueble por parte de los sectores de menores recursos.

Hay que tener en cuenta que “la mercancía suelo posee propiedades únicas que la diferencian de otros bienes transables en distintos mercados. Entre las principales se encuentran la irreproductibilidad (...) el suelo urbano es estructuralmente escaso”¹⁰. Además, “*el valor de mercado (de cambio) de la propiedad depende del uso potencial, más que del uso actual*”¹¹.

En cuarto lugar, la escasa regulación del mercado inmobiliario por parte del Estado. Se advierte que “*El país carece de leyes e instrumentos que obliguen a los propietarios privados el cumplimiento de la función social de la propiedad, con el objetivo de darle un uso social, ambiental, económico, histórico y/o cultural en los casos de no edificación, no-utilización o subutilización. Por el contrario, todos los programas implementados a nivel nacional, provincial y local, las políticas impositivas y las normas sobre el uso del suelo, fueron creadas desde una concepción que protege al derecho a la propiedad privada absoluta propia del Código Napoleónico del siglo XIX, aunque no utilizada o subutilizada.*”¹²

En consonancia con lo expuesto, Morales Schechinger expresa que “*...donde la ley otorga y defiende derechos irrestrictos sobre la propiedad, la retención del suelo no representa un riesgo significativo para el propietario por lo que su oferta en el*

¹⁰ BARENBOIM, Cintia Ariana. Mercado Inmobiliario. Normativa e impacto territorial. Rosario y su periferia. UNR Editora, Rosario, 2014. Pág. 21.

¹¹ BARENBOIM, Cintia. Mercado Inmobiliario. Normativa e impacto territorial. Ob cit.

¹² SCHUSTER, Gloria; CARDENAS, Edurne y YANOS, Marité. Derecho a una Vivienda Digna. Diagnostico Argentina. Proyecto: “Mujer y Vivienda: Construyendo dignidad”. Disponible en: www.hic-al.org/documento.cfm?id_documento=130 Consultado el 20/11/2016.

mercado tiende a ser baja, relaja la conducta del propietario y refuerza el concepto patrimonialista de la propiedad. Donde la ley impone obligaciones y/o cargas fiscales a la propiedad, la retención de suelo significa riesgos y/o costos que presionan a su oferta en el mercado; este entorno racionaliza la conducta del propietario y refuerza el concepto inversionista de propiedad”¹³.

Sintéticamente, la conjugación de los cuatro elementos antes mencionados, han coadyuvado a la consecución de dos fenómenos que se retroalimentan en forma continua:

- a) por un lado, amplios sectores de la población no pueden acceder al suelo y a la vivienda propia en el mercado formal.
- b) por el otro, reducidos sectores de la población nuclean la propiedad de gran parte del suelo urbano y ejercen el control fáctico del mercado inmobiliario, fijando en forma unilateral los precios y permitiendo la existencia de tierra vacante intersticial.

La existencia de suelo urbano o urbanizable ocioso supone una condición idónea para la ocupación irregular, a través de la constitución de asentamientos informales, villas y barrios populares.

4. Los asentamientos informales DEBEN ser regularizados.

La problemática de la urbanización de los asentamientos informales ocupa un lugar preferencial en la agenda pública actual e involucra numerosas aristas. Por un lado, resulta indispensable obtener la provisión de servicios públicos esenciales, infraestructura y equipamiento colectivo. Además, es fundamental el mejoramiento - según criterios mínimos de habitabilidad- no sólo de las viviendas, sino también del medio ambiente circundante. Por otro lado -y siendo el tema que ocupa al presente trabajo- la urbanización supone la seguridad de la tenencia y la regularización dominial de las viviendas.

¹³ MORALES SCHECHINGER, Carlos. “Algunas peculiaridades del mercado del suelo” en Curso de educación a distancia sobre mercados del suelo urbano en ciudades latinoamericanas. Buenos Aires. Lincoln Institute of Land Policy.

Son múltiples los fundamentos que impulsan a la regularización de asentamientos informales, así Fernandes entiende que *“existe una amplia gama de argumentos humanitarios, éticos, religiosos, sociopolíticos, económicos y medioambientales para justificar las políticas de regularización. Más recientemente, los argumentos para la regularización de asentamientos también se fundamentan en la noción legal de la función social de la propiedad”*¹⁴.

La doctrina sociológica, urbanística y jurídica coinciden en que todo intento de urbanización debe formar parte de una política integral de lucha contra la pobreza, que tienda a garantizar el derecho a la vivienda en conjunto con los derechos a la salud, a la educación, al trabajo y a un medio ambiente sano, entre otros.

Además, teniendo en cuenta la necesidad de respetar el arraigo y el sentido de pertenencia a los asentamientos, deben tratar de evitarse los desalojos y las relocalizaciones forzosas por fuera del barrio. Dichas soluciones deben proceder como recursos de ultima ratio, frente a la imposibilidad manifiesta y acreditada de arribar a otra solución.

Es indudable que los asentamientos informales deben ser integrados -desde el punto de vista urbanístico y social- al resto de la ciudad, para erradicar la segregación y marginalización de amplios sectores de la población, y para garantizar el cumplimiento efectivo del derecho de raigambre constitucional de toda persona a acceder a una vivienda digna (consagrado en el artículo 14 bis CN y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país de acuerdo a lo previsto en el artículo 75 inciso 22 CN¹⁵).

Si bien históricamente se han desarrollado numerosos programas¹⁶ y se han implementado un sinnúmero de políticas públicas orientadas a la regularización urbanística y dominial de los asentamientos informales -para alcanzar un desarrollo urbano

¹⁴ FERNANDES, Edesio. Regularización de asentamientos informales en América Latina. Disponible en: <http://www.lincolnst.edu/publications/policy-focus-reports/regularizacion-asentamientos-informales-en-america-latina> Consultado el 19/11/2016.

¹⁵ Artículo 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁶ Entre ellos podemos mencionar, en la ciudad de Rosario: el plan LOTE (1980), el Programa Arraigo (año 1991), el Programa Rosario Hábitat (2002), y el Plan Abre (2013).

equitativo, inclusivo y sostenible- en la mayoría de los casos se trata de “soluciones” dispersas y fragmentarias que no logran abarcar cabalmente la complejidad del problema de la pobreza estructural y su manifestación palpable en la existencia de dichos asentamientos.

Teniendo en cuenta la organización federal argentina, toda política habitacional que pretenda resultados al mediano y largo plazo supone la actuación conjunta y coordinada de las tres esferas gubernamentales. El gobierno federal y los gobiernos locales - provinciales y municipales- deben aunar esfuerzos y recursos humanos y materiales a los fines de buscar soluciones al problema el déficit habitacional.

Desde los tres niveles de gobierno se han formulado y puesto en práctica diversos programas destinados a alcanzar un desarrollo urbano equitativo, inclusivo y sostenible. Autores como Castagna, Raposo, Woelfin y Fernandes, sostienen que las políticas públicas destinadas a eliminar la informalidad deben orientarse a dos objetivos centrales: a) regularizar los asentamientos informales existentes o b) evitar la conformación de nuevos asentamientos.

Sin lugar a dudas los restantes actores sociales -como son las organizaciones civiles no gubernamentales y los particulares- también deben ser partícipes en el diseño e implementación de políticas destinadas a garantizar el acceso a la vivienda a la totalidad de la población. En cuanto a esto, Mosso afirma que *“según la perspectiva del Banco Mundial, cada país debía desarrollar el marco institucional necesario para administrar el sector vivienda y el Estado debía descentralizar sus funciones hacia el nivel local y abandonar el rol de productor directo de viviendas estimulando la participación del sector privado, ONG, OBC y los destinatarios”*.¹⁷

En concordancia, el artículo 1 del proyecto de Ley de Uso del Suelo y Hábitat presentado por el gobierno provincial establece que el Estado Provincial, los Municipios y las Comunas, son los encargados de promover la satisfacción progresiva del derecho a

¹⁷ MOSSO, Emilia Carla. El rol de las organizaciones sociales en asentamientos precarios. El caso particular de la ciudad de Santa Fe. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/ARQUISUR/article/view/4427> Consultado el 19/11/2016.

un hábitat y vivienda dignos, en conjunto con las organizaciones e instituciones de la sociedad civil, la iniciativa privada y la propia ciudadanía.

Sin perjuicio de esto, los estudios en materia inmobiliaria de Argentina muestran que existen diversos factores que inciden negativamente en la inversión privada para el desarrollo de loteos (urbanos y periurbanos) orientados a los sectores de ingresos medios y bajos. Entre ellos podemos mencionar la escasa confianza en la demanda y la baja rentabilidad del negocio.

5. El Código Civil y Comercial incorpora nuevos derechos reales -como es el caso de la superficie- que permitirían un abordaje innovador a la problemática de regularización de los asentamientos informales.

Atento a todo lo expuesto precedentemente, resulta necesario investigar las distintas herramientas que el derecho provee a los fines de obtener la regularización dominial de los asentamientos informales ubicados en nuestra ciudad. En numerosos estudios -a nivel local, nacional e internacional- se analizan y evalúan figuras jurídicas como son el contrato de fideicomiso, los conjuntos inmobiliarios y el derecho de superficie. *“Está claro asimismo que el derecho al suelo, a la vivienda, a la ciudad, no son sinónimo de propiedad, y menos aún de propiedad individual y exclusiva. El disfrute de los bienes y servicios habitacionales puede darse de otras muchas formas, algunas mejores y otras incluso más seguras que la propiedad: el derecho de uso; el de superficie; los arrendamientos; la enfiteusis; la anticresis; el uso y habitación, y hasta el leasing, son otras tantas formas de solución a esos problemas, en muchos casos de manera más simple y económica, y por lo tanto más eficiente, que la propiedad.”*¹⁸

En la actualidad, y a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, se incorpora en nuestro país como herramienta jurídica el derecho real de superficie¹⁹. El mismo podría constituirse como una alternativa viable,

¹⁸ FERNÁNDEZ WAGNER, Raúl; ARÉBALO, Martha; et al. El derecho al suelo y la ciudad en América Latina. La realidad y los caminos posibles. Disponible en www.hic-al.org/documento.cfm?id_documento=1577 Consultado el 16/11/2016

¹⁹ Encuentra su antecedente inmediato en la Ley 25.509, que establecía la creación del derecho real de superficie forestal, y preveía su constitución sobre inmuebles susceptibles de forestación o silvicultura. Además, la institución fue recogida en los Proyectos de 1987, 1993 y 1998.

eficaz y eficiente para obtener un marco de seguridad jurídica en relación a la tenencia de la tierra y a las construcciones informales.

Este derecho -previsto en el inc g) del artículo 1887 CCyC- es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración (...)²⁰.

En la mecánica del CCyC, el derecho de superficie puede constituirse a través de dos modalidades²¹:

- a) En la primera de ellas, el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido (derecho real sobre cosa ajena).
- b) En la segunda, el derecho se constituye sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad (la propiedad superficiaria supone un derecho real sobre cosa propia).

En ambas modalidades el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo. Gurfinkel de Wendy entiende que *“hay una clara desmembración del derecho real: en tanto que el dominio vacuo es conservado por el titular del terreno, el superficiario accede a su dominio útil”*²².

Nuestro derecho positivo establece una limitación a la extensión temporal de la superficie: el plazo no puede exceder de 70 años en el caso de construcciones, el cual se computará desde la adquisición del derecho (*esto es, desde que el superficiario, reunidos los requisitos de título y modo, tiene el uso del terreno y puede comenzar la construcción o plantación*²³).

²⁰ Artículo 2114 CCyC

²¹ Artículo 2115 CCyC

²² GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. Derechos Reales. Segunda edición actualizada de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo II. (2º Edición, 1º Reimpresión, CADA, Abeledo Perrot, 2016). Pág. 917.

²³ GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. Derechos Reales, ob. cit.

Son legitimados activos para su constitución los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal²⁴, sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal²⁵. Consecuentemente, podrán ser objeto del derecho los inmuebles pertenecientes a personas humanas o jurídicas privadas, y los inmuebles del dominio privado del Estado Nacional, Provincial y Municipal.

El derecho de superficie se orienta fundamentalmente al aprovechamiento útil del suelo, logrando beneficios concretos para:

- a. el propietario del terreno, quien recibe una contraprestación y mantiene la disposición jurídica y material del mismo;
- b. el superficiario, que podrá ser un particular o el propio Estado asumiendo la función de construcción de viviendas o la rehabilitación de las ya existentes; y
- c. la sociedad en general, en el sentido que se evitan suelos vacantes y ociosos que no son objeto de una real explotación.

En el caso de bienes de particulares, ésta figura resulta de utilidad en tanto supone la posibilidad de permanecer en el dominio del terreno -aun cuando el mismo no está siendo ocupado o puesto a producir- evitando el avance de acciones de usucapión o de una eventual acción de expropiación por motivos de interés público.

En el caso de bienes del dominio privado del Estado, ésta figura resulta de utilidad en tanto permite regularizar la situación de tenencia precaria de los habitantes de los asentamientos informales sin tener que descapitalizarse transfiriendo el dominio pleno de los lotes a los particulares. Es una forma de dar seguridad jurídica manteniendo la nuda propiedad sobre el suelo: *“la regulación del derecho de superficie constituye una excelente herramienta para regularizar dominialmente asentamientos informales y garantizar la seguridad en la tenencia de la vivienda de los que allí viven. A su vez, este derecho permite que los Estados no se despatrimonialicen deshaciéndose en forma*

²⁴ Artículo 2118 CCyC

²⁵ Artículo 2116 CCyC

absoluta de tus tierras y que conserven la facultad de regular el uso y el destinatario de las mismas”²⁶.

Al momento de la extinción del derecho de superficie -por el cumplimiento del plazo convencional o legal- el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario²⁷. Esto constituye un atractivo del instrumento legal, en tanto permitiría una eventual capitalización del dueño del suelo quien -acaecido el plazo- se verá indudablemente beneficiado por las mejoras introducidas en el mismo. Si un fundo es dotado de infraestructura, equipamiento y acceso a los servicios públicos esenciales, eso impactará positivamente en el valor del suelo.

En aras a la seguridad jurídica, se prevé que, ante el supuesto de una extinción anticipada, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continuarán gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo -convencional o legal- del derecho de superficie. Idéntica solución se aplicará a los derechos personales durante el tiempo establecido.

Salvo pacto en contrario, al producirse la extinción del derecho de superficie, el propietario deberá indemnizar al superficiario. El Código prevé que el monto de dicha indemnización será previsto por las partes en el acto constitutivo o posteriormente²⁸. Frente al silencio de las partes, la misma será determinada teniendo en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.

En el derecho comparado, admiten el derecho real de superficie: Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Cuba, España, Francia, Holanda, Italia, Japón, Perú, Portugal, Suiza y Uruguay. En particular, Brasil, Cuba y Uruguay prevén el derecho real de superficie como un instituto jurídico puesto al servicio de la regularización dominial de asentamientos informales.

²⁶ HABITAR ARGENTINA - Propuestas para la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los CCyC. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/Common/documentos/DocRedHabitareformaCCyC.pdf> Consultado el 20/09/2017.

²⁷ Artículo 2125 CCyC

²⁸ Artículo 2126 CCyC

En el caso de Brasil, el derecho de superficie está regulado por el Código Civil (ley 10.406 del año 2003) en sus artículos 1369 a 1377. El mismo dispone que el propietario puede conceder a terceros -en forma gratuita u onerosa y por tiempo determinado- el derecho a construir o plantar en sus terrenos. Para la constitución se exige escritura pública debidamente inscrita en la oficina de inmuebles del registro, y es transmisible por actos entre vivos y mortis causa (en este último caso, a los herederos del superficiario). Se establece que el superficiario responde a los cargos e impuestos que pesan sobre la propiedad, y se reconoce el derecho de preferencia a favor del superficiario o del propietario en caso de venta de la propiedad o del derecho de superficie.

También está contemplado en el “Estatuto de la Ciudad”²⁹ que tiene por objeto la regulación relativa al capítulo de “Política Urbana” de la Constitución Federal de Brasil.

El Código Civil de Cuba (ley 59 del año 1987) prevé que el Estado puede conceder³⁰ a personas naturales o jurídicas, a título oneroso o gratuito, el derecho de superficie sobre terrenos de su propiedad para edificar viviendas o efectuar otras construcciones. Establece además una limitación temporal de 50 años, plazo que podrá ser prorrogado por la mitad del término original (en virtud de solicitud formulada por el titular antes del vencimiento). Como regla, se trata de un derecho transferible, salvo en aquellos supuestos en que de la ley o del título constitutivo resulte lo contrario.

Por otro lado, la “Ley General de la Vivienda” (ley 65) establece que la Dirección Municipal de la Vivienda, en representación del Estado y dentro de las regulaciones que dicten el Instituto Nacional de la Vivienda y el Instituto de Planificación Física, podrá entregar solares de propiedad estatal a particulares para la construcción de viviendas en su territorio, con derecho perpetuo de superficie, mediante el pago de una suma alzada en concepto de precio. En estos casos, no es admisible la transmisión del derecho por actos entre vivos -salvo al Estado- pero si mortis causa a favor de los herederos del superficiario.

²⁹ La ley 10.257 (2001) establece las normas de orden público e interés social que regulan el uso de la propiedad urbana en aras del bien colectivo, la seguridad, el bienestar de los ciudadanos y el equilibrio medioambiental.

³⁰ El procedimiento está regulado por la resolución n° 2/91 del Instituto Nacional de la Vivienda.

Tanto en Brasil como en Cuba se prevé que, al extinguirse el derecho de superficie, las construcciones e instalaciones se revierten al propietario del terreno.

En Uruguay, el Código Civil no regula de manera expresa el derecho real de superficie. El mismo está incorporado en el artículo 36 de la “Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible” (ley 18.308 del año 2008), que lo reconoce como un instrumento de planificación. De esta manera, se habilita al propietario de un inmueble, privado o fiscal, a conceder a otro el derecho de superficie de su suelo, por un tiempo determinado, en forma gratuita u onerosa, mediante escritura pública registrada y subsiguiente tradición. Al operar la extinción, y salvo pacto en contrario, el propietario recupera el pleno dominio del inmueble, junto con las mejoras introducidas.

Del análisis del derecho comparado, se desprende la existencia de un criterio relativamente homogéneo en la regulación de instrumento jurídico. No se advierten importantes diferencias, y ha tenido una importante recepción como herramienta de gestión de suelo para la planificación urbana y el ordenamiento del territorio.

Consideraciones finales

Teniendo en cuenta que...

- 1) 34.510 familias habitan en los 111 asentamientos informales nuestra ciudad.
- 2) Los asentamientos informales se encuentran -casi exclusivamente- ubicados en suelo urbano vacante, de propiedad de particulares o del propio Estado (bienes pertenecientes al dominio privado nacional, provincial o municipal).
- 3) Dicho suelo está provisto de los servicios públicos esenciales y tiene acceso al equipamiento e infraestructura urbanas.
- 4) Se deben priorizar las regularizaciones in situ, en virtud de un imperativo humano - de respeto del ámbito de pertenencia de las personas- y urbanístico -de priorizar la

compacidad de las ciudades, evitando el suelo vacante intersticial para lograr un uso razonable y eficiente de los recursos disponibles.

5) El Estado debe regular el mercado inmobiliario si quiere dotar de operatividad al derecho constitucional de toda persona de acceder a una vivienda digna.

... se concluye que el derecho real de superficie constituye un instrumento regularizador de la relación del sujeto con el suelo y la vivienda.

Se trata de una herramienta de gestión de suelo idónea para garantizar los derechos al hábitat, a la vivienda y a la ciudad, y su implementación posibilitaría el acceso al suelo urbano por parte de los sectores de menores recursos económicos, reduciendo las relocalizaciones y desalojos de asentamientos informales.

En este sentido se han pronunciado las organizaciones de América Latina reunidas en San Salvador en el Encuentro de Organizaciones Sociales (noviembre de 2008), donde aprobaron un “Manifiesto de Estrategia Regional para el Acceso al Suelo Urbanizado”. En el mismo consideran que resulta necesario *“establecer nuevas formas de legalización de la tenencia del suelo, más adecuadas, que no se limiten a la propiedad individual y respeten las modalidades ancestrales (como las arrendaticias, la propiedad colectiva, comunitaria y familiar, o los derechos de superficie, uso o posesión)”*³¹.

El objetivo es claro: los asentamientos informales deben ser regularizados, urbanizados e integrados a nuestra ciudad. Una ciudad económicamente activa, socialmente cohesiva y ambientalmente sustentable, que permita la mejor calidad de vida de sus habitantes.

³¹ FERNÁNDEZ WAGNER, Raúl; ARÉBALO, Martha; et alt. Ib ídem.

Bibliografía

- ACUERDO PARA LA URBANIZACIÓN DE LAS VILLAS. Diez puntos por la integración socio urbana de los asentamientos. Disponible en: <http://acuerdoporlaurbanizacion.org/>

- ALTERINI, Jorge H., “Código Civil comentado” (Buenos Aires, La Ley, 2015).

- ALCHOURRÓN, C. y BULIGYN, E. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales (Buenos Aires, Astrea, 1998).

- ANTIK, Analía Sonia; NICOLAU, Noemí Lidia; TALLER, Adriana; y TRIVISONNO, Julieta Belén. Políticas públicas, vivienda e instrumentos jurídicos. *Breve análisis de los instrumentos jurídicos que pueden emplearse en las políticas públicas destinadas a fomentar el acceso a la vivienda de la población de menores recursos*. Disponible en: <http://ceysrosario.org/wp-content/uploads/2014/07/Centro-de-Invst.-de-D.-Adm.-Pol%C3%ADticas-p%C3%ABAblicas-vivienda-e-instrumentos-jur%C3%ADdicos.pdf>

- ARADAS DÍAZ, M. E.; GONZÁLEZ POU, M. C.; DACHESKY, M. Abordaje metodológico de la marginalidad urbana en el barrio San Francisquito de la ciudad de Rosario. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/abordaje-marginalidad-urbana-barrio-rosario.pdf>

- ARAUJO LARANGEIRA, Adriana de. Tierra Vacante en las Ciudades de América Latina: Desafíos y Oportunidades. Seminario Internacional, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, 2004. Disponible en: <http://www.lincolninst.edu/publications/policy-focus-reports/tierra-vacante-en-las-ciudades-americalatina>

- ATRIA, Fernando. Derechos sociales, socialismo y contrato social. Disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14_Atria_CV_Sp.pdf

- BALDIVIEZO, Jonatan Emanuel y TARBUCH, Laura. La justicia a favor del mercado inmobiliario. *Las villas no se urbanizan: caso "Rodrigo Bueno", "La Carbonilla", "Barrio San Martín" y "Barrio Papa Francisco"*. Disponible en: <http://observatoriociudad.org/?s=noticia&n=17>

- BAÑÓN, Rafael y CARRILLO, Ernesto (compiladores). La nueva administración pública. Disponible en: <http://www.iapqroo.org.mx/website/biblioteca/LA%20NUEVA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA.pdf>

- BARENBOIM, Cintia Ariana. Proceso de segregación socioespacial y revalorización inmobiliaria. El caso de Rosario, Argentina (UNR Editora, Libro Digital). Disponible en: <http://www.unreditora.unr.edu.ar/wp-content/uploads/2013/02/Proceso-de-segregacion-FINAL.pdf>

- BARENBOIM, Cintia Ariana. Estructuración, crecimiento y transformación urbana en la ciudad de Rosario. Disponible en: https://www.uai.edu.ar/investigacion/contenidos/ganadores_Estructuraci%C3%B3n,%20Crecimiento%20y%20transformaci%C3%B3n%20urbana%20en%20la%20ciudad%20de%20Rosario.pdf

- BARENBOIM, Cintia Ariana. Mercado Inmobiliario. Normativa e impacto territorial. Rosario y su periferia (Rosario, UNR Editora, 2014).

- BAUMAN, Zygmunt. Pensando sociológicamente (Buenos Aires, Nueva Visión, 1994).

- BRAGOS, O. y DE QUEIROZ RIBEIRO, L. C. (editores). Territorios en transición - Políticas públicas y transformaciones metropolitanas (Rosario, UNR Editora, 2003).

- BUNGE, Mario. La ciencia, su método y su filosofía (Buenos Aires, Siglo XXI, 1985).

- C. ALJADEFF DE GOYTÍA et.al. Compilado por Daniela Mariana Gargantini. Hábitat, acceso al suelo y financiamiento: experiencias alternativas de producción socio-habitacional. Disponible en: http://www.ceve.org.ar/publicacion_26_habitat-acceso-al-suelo-y-financiamiento-experiencias-alternativas-de-produccion-socio-habitacional-.php

- CASAZZA, Juan; MONKKONEN, Paavo; REESE, Eduardo y RONCONI, Lucas. Análisis de las características del funcionamiento del mercado de suelo en tres ciudades de la Argentina: Buenos Aires, Córdoba y Rosario. Disponible en: <http://www.bibliotecacpa.org.ar/greenstone/collect/libagr/index/assoc/HASH0127.dir/doc.pdf>

- CASTAGNA, A.; RAPOSO, I.; WOELFLIN, M. Evolución de los asentamientos irregulares en Rosario. Análisis de una problemática compleja de revertir en el ámbito local. Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn331/sn-331-81.htm>.

- CASTAGNA, A.; RAPOSO, I.; WOELFLIN, M. Crecimiento económico y desarrollo urbano. LA problemática de los asentamientos irregulares en Rosario. Disponible en: <http://ceysrosario.org/wp-content/uploads/2014/07/crecimiento-economico.pdf>

- CATENAZZI, Andrea; FERNANDEZ WAGNER, Raul. Gestión local del hábitat. Disponible en: <http://biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/84-gestionlocal.pdf>

- CHAVEZ, Martha E.; VALLADARES ANGUIANO, Reyna; AGUIRRE FUENTES, Miriam. Terrenos baldíos y expansión territorial en la ciudad de Villa de Álvarez, Colima. Palapa, vol. III, núm. II, julio-diciembre, 2008, pp. 29-37, Universidad de Colima. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/948/94814774005.pdf>

- CHUMACER, Guillermo. La Ciudad Compacta. ¿Qué es, Para qué Hacerla y Cómo?, Sedesol, México, http://www.cbre.com.mx/empresa/articulos/artcentral_4aed.pdf

- CLICHEVSKY, Nora. “La Tierra Vacante “Revisitada”. Elementos Explicativos y Potencialidades de Utilización” (Resistencia, Revista Cuaderno Urbano, 2010).

- CLICHEVSKY, Nora. Tierra vacante en ciudades latinoamericanas. (Cambridge USA, Lincoln Institute of Land Policy, 2002). Disponible en:
<https://www.lincolninst.edu/es/publications/books/tierra-vacante-en-ciudades-latinoamericanas>

- CLICHEVSKY, Nora. Previniendo la informalidad urbana en América latina y el Caribe. Serie Medio Ambiente y Desarrollo N° 124 (Santiago de Chile, CEPAL / Naciones Unidas, 2006). Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/5667-previniendo-regularizando-la-informalidad-suelo-americalatina-marco-legal>

- CICOWIEZ, Martín; GASPARINI, Leonardo; y SOSA ESCUDERO, Walter. Pobreza y desigualdad en América Latina: conceptos, herramientas y aplicaciones. Disponible en:
<http://www.depeco.econo.unlp.edu.ar/cedlas/libro-gcse-1/material/Gasparini-Cicowiez-Sosa-Cap1-Cap2.pdf>

- CIPPEC – Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento. Hacia Ciudades prosperas y vitales. Disponible en:
<http://www.cippec.org/-/hacia-ciudades-prosperas-y-vitales>

- CIPPEC. Hacia ciudades sustentables. Disponible en: <http://www.cippec.org/-/hacia-ciudades-sustentables>

- CIPPEC. Hacia la planificación estratégica. Disponible en:
[http://cippec.org/files/documents/Otras%20Publicaciones/Planificacionestrategica DL.pdf](http://cippec.org/files/documents/Otras%20Publicaciones/Planificacionestrategica_DL.pdf)

- COHRE – Centre on Housing Rights and Eviction. Derecho a la vivienda en Argentina (2004). Disponible en:
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6567.pdf>

- COHRE – Centre on Housing Rights and Eviction. Desalojos en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú (2006). Disponible en:
http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session1/AR/COHRE_ARG_UPR_S1_2008_CentreonHousingRightsandEvictions_uprsubmission_S.pdf

- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ROSARIO. Habitat y Asentamientos Irregulares en Rosario: reflexiones colectivas para la construcción de políticas públicas. Disponible en:
en: ceysrosario.org/wp-content/uploads/2014/11/PublicaciónHabitat2014.pdf

- FERNANDES, Edesio. Regularización de asentamientos informales en América Latina. Disponible en:
<http://www.lincolninst.edu/publications/policy-focus-reports/regularizacion-asentamientos-informales-en-america-latina>

- FERNÁNDEZ WAGNER, Raúl; ARÉBALO, Martha; et alt. El camino posible. Producción social del hábitat en América Latina. Disponible en www.hic-al.org/documento.cfm?id_documento=1537

- FERNÁNDEZ WAGNER, Raúl; ARÉBALO, Martha; et alt. El derecho al suelo y la ciudad en América Latina. La realidad y los caminos posibles. Disponible en www.hic-al.org/documento.cfm?id_documento=1577

- FERNÁNDEZ WAGNER, Raúl. Elementos para una revisión crítica de las políticas habitacionales en América Latina. Disponible en:
http://www.infohabitat.com.ar/web/img_d/est_02082009140637_n31072009223617.pdf

- FOUCAULT, Michel. Las Palabras y las Cosas (22° Edición, México DF, Siglo XXI, 1993).

- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. Derechos Reales. Segunda edición actualizada de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo II. (2° Edición, 1° Reimpresión, CABA, Abeledo Perrot, 2016).

- HABITAR ARGENTINA. Consenso Nacional para un Hábitat Digno. *Iniciativa multisectorial por el derecho a la tierra, la vivienda y al hábitat*. Disponible en:

<http://habitarargentina.blogspot.com.ar/2014/10/consenso-nacional-para-un-habitat-digno.html>

- HABITAR ARGENTINA - Consenso Nacional para un Hábitat Digno. *Iniciativa multisectorial por el derecho a la tierra, la vivienda y al hábitat. Por un Código Civil y Comercial que proteja el derecho a la vivienda y a la tierra y habilite la mediación estatal en las relaciones privadas en un país que se aleja del neoliberalismo. Propuestas para la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial*. Disponible en:

<http://www.cels.org.ar/Common/documentos/DocRedHabitareformaCCyC.pdf>

- LEFEBVRE, Henri. El derecho a la ciudad (1° Edición, Barcelona, Ediciones Península, 1969).

- LEVENZON, Fernanda y TEDESCHI, Sebastián. El derecho a la ciudad en las reformas legales de algunos países de América Latina.

Disponible en: <http://www.habitarargentina.org.ar/wp-content/uploads/2016/08/El-derecho-a-la-ciudad-en-las-reformas-legales-de-America-Latina-Sistematizaci%C3%B3n.pdf>

- MARIANI DE VIDAL, Marina. Derechos Reales (Buenos Aires, Zavalía, 2004).

- MORALES SCHECHINGER, Carlos. “Algunas peculiaridades del mercado del suelo” en Curso de educación a distancia sobre mercados del suelo urbano en ciudades latinoamericanas. Buenos Aires. Lincoln Institute of Land Policy.

- MOSSO, Emilia Carla. El rol de las organizaciones sociales en asentamientos precarios. El caso particular de la ciudad de Santa Fe. Disponible en:

<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/ARQUISUR/article/view/4427>

- MUNICIPALIDAD DE ROSARIO. Rosario Habitat: programa integral de recuperación de asentamientos. Disponible en: <http://www.agn.gov.ar/informes/programa-integral-de-recuperacion-de-asentamientos-irregulares-en-rosario-rosario-habitat>

- Normativa urbanística de la ciudad de Rosario. Municipalidad de Rosario. Disponible en: <https://www.rosario.gov.ar/normativa/visualExterna/normativas.jsp>

- OLIVER, María Candelaria. Informalidad e instrumentos para regularización dominial. Guía para regularización dominial. Disponible en: www.bibliotecacpa.org.ar/greenstone/collect/facagr/index/assoc/HASHc3e9.../doc.pdf

- ONU-HABITAT. Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos. Estado de las ciudades de América Latina y el Caribe 2012. Rumbo a una nueva transición urbana. Disponible en: http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&Itemid=538

- ONU. New Urban Agenda. Draft outcome document of the UN Conference on Housing and Sustainable Urban Development. Habitat III. Octubre 2016, Quito (Ecuador).

- Plan Urbano Rosario 2007-2017. http://www.rosario.gov.ar/ArchivosWeb/pur_07.pdf

- PNUD. Aportes para el Desarrollo Humano en Argentina. Segregación residencial en Argentina. Disponible en: <http://www.ar.undp.org/content/dam/argentina/Publications/Desarrollo%20Humano/AportesDesHum%20II%20SegRes%202009.pdf>

- REESE, Eduardo. Grandes Intervenciones Urbanas: conceptos y características fundamentales. Disponible en: <http://amco.gov.co/Gaceta/Eduardo%20Reese.pdf>

- RIVERA, Julio Cesar; MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comentado” (Buenos Aires, Thomson Reuters LA LEY, 2015)

- RUEDA, Salvador. La ciudad compacta y diversa frente a la urbanización difusa.
http://www.ciecas.ipn.mx/foroodm/f_opinion/investigaciones/archivos/ciudadcompacta.pdf

- SCHUSTER, Gloria; CARDENAS, Edurne y YANOS, Marité. Derecho a una Vivienda Digna. Diagnostico Argentina. Proyecto: “Mujer y Vivienda: Construyendo dignidad”. Disponible en: www.hic-al.org/documento.cfm?id_documento=130

- Sedesol Ciudades Compactas y Mezcla de Usos del Suelo. Subsecretaría de Desarrollo Urbano y Ordenación del Territorio. Dirección General de Desarrollo Urbano y Suelo, Mérida, abril 2009. Disponible en: www.sistemamid.com/download.php?a=83361

- SOLIMANO, Andrés. Diversas teorías de la justicia distributiva y la desigualdad social. *Perspectivas liberal, socialista y libertaria*. Disponible en: <http://www.andressolimano.com/articles/inequality/Div.%20teorias%20de%20la%20justicia%20distributiva,%20ch1%20Desigualdad%20Social.pdf>

- SPICKER, Paul. Definiciones de pobreza: doce grupos de significados. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/clacso/crop/glosario/06spicker.pdf>

- UN TECHO PARA MI PAÍS. Relevamiento asentamientos informales en el Gran La Plata (2009)

- UN TECHO PARA MI PAIS. Relevamiento de villas y asentamientos en el Gran Buenos Aires (2011).
Disponible en: www.techo.org/paises/argentina/wp-content/uploads/2012/06/catastro-2011-buenos-aires.pdf

- UN TECHO PARA MI PAÍS. Relevamiento de asentamientos informales de la Provincia de Córdoba (2011). Disponible en:

www.techo.org/paises/argentina/wp-content/uploads/2012/06/Catastrocordobafinal.pdf

- UN TECHO PARA MI PAÍS. Relevamiento de asentamientos informales (2013) Disponible en:

http://www.mapaasentamientos.com.ar/downloads/Relevamientos_de_asentamientos_2013_BAJA.pdf

- WEIR, Steven. Habitat para la humanidad y el derecho a una vivienda. Disponible en:

<http://hic-gs.org/content/foro-spanish-vol14-4.pdf>

**«El poder y sus medios
de dominación. Análisis
de películas emblemáticas
desde las categorías de
Hobbes, Foucault y
Arendt»**

Alumno: Natalia Bohum

Director: Mariana Isern

Introducción

En vista del planteo iusfilosofico, presentado oportunamente para rendir la materia Filosofía del Derecho correspondiente a la carrera de Abogacía me permitió encontrar un espacio de reflexión para expresar y compartir esta idea que es materializada en el siguiente trabajo de investigación

En primer lugar, luego de un análisis exhaustivo de material de lectura y fílmico analicé la bibliografía de los autores escogidos para centrar mi trabajo en: Thomas Hobbes, Michael Foucault y Hannah Arent. Autores que me permitieron estudiar categorías de regímenes totalitarios, las cuales desarrollaré a lo largo del mismo. A partir de la interpretación de la postura de dichos autores respecto del tema propuesto intentaré relacionarlas con las películas elegidas.

Capítulo 1: La naturaleza humana en Hobbes, la necesidad del estado político y el recurrente regreso del hombre a su Estado de naturaleza.

Luego de investigar la teoría de la formación del estado de **Thomas Hobbes**, el hombre en su estado de naturaleza, las causales de la guerra natural, el origen de la formación del estado y la manera de legitimarlo, encontré elementos que me ayudaron a analizar las películas seleccionadas. Estas categorías las desarrollaré a lo largo de este capítulo estableciendo relaciones entre las mismas.

1.1 El lobo del hombre como natural

Hobbes basa su teoría en la comprensión de la naturaleza del hombre como fundamento para la formación del estado. Haciendo referencia al monstruo del “Leviatán” explica la necesidad de un Estado. En las películas podemos ver como se representa el leviatán de distintas maneras, en *1984*¹ se ve personalizado por el gran hermano, en *Juegos del hambre*² por el presidente Snow, en *Un mundo feliz*³ por el Director, en *V de venganza*⁴ por el canciller supremo Adam Sutler. Los cuales también cuentan con un partido que los apoya y reafirma.

Para explicar la necesidad de un Estado, utiliza tres conceptos principales: estado de naturaleza, pacto y estado de sociedad. Partiendo de la idea de que el hombre era malo por naturaleza y egoísta. Sostiene que el hombre busca su propia conservación., por esto se encuentra en un estado permanente de guerra, de todos contra todos, un estado en el que "el hombre es un lobo para el hombre".⁵

¹ *1984*, 1984, Michael Radford

² *Los juegos del hambre*, 2009, Gary Ross

³ *Un mundo feliz*, 1998, Leslie Libman

⁴ *V de venganza*, 2005, James McTeigue

⁵ SIERRA SALA, HH, “Sobre la condición humana en la teoría del estado de Hobbes”, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/675-899-1-PB.pdf

Hobbes vería en los campos de concentración (aparatos creados por el Estado), como surge nuevamente el Estado de naturaleza. En *La vida es bella*⁶, se trasladan hombres y mujeres sin dar explicaciones, privándolos de su libertad y se los somete a trabajos duros.

Al igual que en la película *El niño de pijama a rayas*⁷, donde al médico se lo mantiene con esposas mientras trabaja en la casa y se lo somete a malos tratos. Al final de la película muestran como el niño muere en la cámara de gas, método utilizado en esos tiempos. Al considerar al Estado de naturaleza como un estado de guerra permanente, donde no puede encontrarse la seguridad y la paz podríamos decir, que estos aparatos creados por el estado no representan los principios por los cuales era legitimado.

Encontramos tres causas de la guerra señaladas por Hobbes (competencia, desconfianza y gloria). La competencia, es para Hobbes, la causa que mueve a los hombres a atacarse en busca de algún beneficio o placer. Debido a que todos los hombres tienen los mismos derechos sobre una misma cosa, genera una competencia violenta entre ellos por poseer el mayor número de cosas que les permitan vivir adecuadamente o fijar un poder sobre los demás.

Como resultado de la **competencia**, surge una **desconfianza** generalizada de la cual brota la necesidad del hombre de proteger sus bienes y su propia libertad o su vida, frente al deseo que tienen otros de arrebatárselos. Finalmente, se encuentra la **gloria**, que es la causa por medio de la cual, el hombre busca como ganar reputación frente a los demás lo que hace que el hombre recurra a la fuerza por motivos insignificantes e injustos.

A estas causas, **Hobbes** las encontraría bien marcadas en la película de “los juegos del hambre”. Lo primero que observamos es la competencia, al entrar al juego, donde tendrán que pelear por su auto conservación se matan unos a otros para llegar a las provisiones (armas, comida).

⁶ *La vida es bella*, 1997, Roberto Benigni.

⁷ *El niño con el pijama a rayas*, 2008, Mark Herman

Luego la desconfianza generalizada de todos los participantes, solo uno puede ser el vencedor. Se forman alianzas con el objetivo de ayudarse pero nunca pierden de vista el objetivo, matar para sobrevivir y por último, la gloria, reflejada en los personajes de Marvel y Glimmer, ambos del distrito 1 Cato y Clove, ambos del distrito 2. Al pertenecer a estos tenían más posibilidad de ganar, a medida que crece el número de distrito peores son las condiciones de vida. Generalmente estos distritos eran los vencedores, con el fin de mantener su reputación eran capaces de cualquier cosa, son los más violentos y competitivos.

1.2 Legitimación del Estado

Hobbes piensa el origen de la sociedad y del Estado como un **contrato original** entre los hombres. A partir del cual se abandona el estado de naturaleza y se consolida una única voluntad que da lugar a la paz. En el mismo, encuentra el instrumento para justificar la obligación política que compromete la obediencia ante el poder del soberano. “Hobbes define al poder mayor como el poder que se integra con los poderes de varios hombres unidos por el consentimiento, el poder de un estado”⁸

Se observan distintos estados en las películas, tomando de referencia esta teoría, pude analizar que no siempre funciona el contrato social. Aun con reglas impuestas y un estado regulador renace el **lobo del hombre**.

Así en *La ola* por medio de un acuerdo entre el profesor y sus alumnos, se recrea un régimen totalitario en el aula. Tomando al profesor Raigner como líder los estudiantes crean diariamente contenidos ideológicos, insignias, uniformes, saludos, elementos que equiparan a los individuos del grupo y se violenta contra “los que no están conmigo”.⁹ Identificando como enemigos a los anarquistas con los que tienen encuentros violentos en el transcurso de la misma.

⁸ Cardona P, “Poder político, contrato y sociedad civil: de Hobbes a Locke”
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-PoderPoliticoContratoYSociedadCivil-2675190%20(2).pdf

⁹ *La ola*, 2008, Dennis Gansel

En este caso, el contrato llevado a cabo en el aula es la causal de violencia y distintas formas de exclusión. Ubicándolo muy lejos de la concepción de Hobbes donde se veía como una solución a la violencia y causa de orden.

Lo mismo ocurre en *The Experiment*¹⁰ Los Guardias debían mantener el orden y asegurarse que los prisioneros cumplan 5 reglas:

- Deben hacer 3 comidas el día y deben comérselo todo.
- Tendrán 30 minutos a diario en el patio.
- Solo se mantendrán en su área
- No hablarán si no se les pregunta
- No tocarán a los guardias bajo ninguna circunstancia.

Si alguna de estas reglas no es cumplida por un prisionero, los guardias deben aplicar una sanción disciplinaria, sin violencia. De no hacerlo se encenderá la luz roja que indica el fin del experimento. Dicho fin implica que ninguno de los sujetos recibirá el pago por el experimento.

Los personajes principales, Travis Hunt, un pacifista convencido de la inutilidad de la violencia como medio para solucionar conflictos y Michael Barris, un devoto religioso y Boy Scout en su infancia. Dos personas pacíficas que al encontrarse viviendo en la “prisión simulada” se apartan de sus ideales.

El uniforme provocan que Michael no piense, es el un guardia con una misión. Observamos la interiorización del papel de guarda por parte de Michael cuando en un diálogo con Travis sucede lo siguiente

Michael-¿Entiendes los roles que nos han dado?

Travis-Sí.

¹⁰ *The experiment*, 2010, Paul Sheuring

Michael-Tú eres un prisionero. Tú no das órdenes, nosotros damos órdenes. ¿He sido lo suficientemente claro?

Hobbes resuelve el conflicto humano a través de un Estado soberano, absoluto y fuerte. Este, es una propuesta efectiva que tiene como finalidad la erradicación de cualquier brote de anarquía que impida el retorno de los individuos al estado de naturaleza. **Hobbes** justifica y valida la posibilidad de aplicar la **violencia**, en caso de ser usada para mantener la integridad del Estado contra cualquier amenaza tanto interna como externa.

De esta manera, sería justificado por **Hobbes** los malos tratos que sufre Winston en *1984*¹¹, al cometer el delito del amor. En la película, la figura del líder, genera un culto a su personalidad, la guerra exterior es utilizada para explotar el nacionalismo y la necesidad de un líder que los proteja. La opresión realizada por el partido tiene su justificación en conspiraciones y delitos al pensamiento, por ejemplo Winston es torturado hasta que responde que 2+2 es 5.

También en *V de Venganza*¹², (el partido político) Fuego Nórdico, considera a los ingleses como la raza superior por sobre los demás países del mundo. Discriminan a leprosos, homosexuales, gitanos, musulmanes etc. y reivindica a los ingleses como la raza superior. Descartando a los enfermos y a todo aquel que no esté contemplado dentro de la ideología que plantea el gobierno.

Particularmente, en uno de los discursos de V, se denuncia el sistema de vigilancia al que la sociedad está impuesta. La pérdida de la libertad a partir del temor, el cual hace que se recurra al líder Adam Sutler, quien le prometía seguridad a cambio de la sumisión. Este gobierno se formó porque todo el mundo estaba en guerra y se le prometió a la gente la paz por su constante obediencia. La vigilancia que es denunciada por V es justificada por el gobierno, utilizando la anarquía como excusa.

1.3 Mantenimiento del poder basado en la educación

Para Hobbes la **educación**, desempeña una función ético-político fundamental, es uno de los pilares sobre los cuales se constituye y mantiene el Estado. Esto surge del

¹¹ Id, pag3

¹² Id, pag 3

principio de auto conservación, que le da origen al pacto y a la conformación del Estado. La educación debe instruir al hombre en sentido que el Estado surge del deseo de sus integrantes de conservar su vida y bienes.

*Un mundo feliz*¹³, comienza explicando a los estudiantes, niños, el proceso por el cual los seres humanos son cultivados. Grandes maquinarias fabrican personas, según castas que determinaran su futuro; están quienes deciden, quienes ejecutan y quienes trabajan incansablemente para que el mundo pueda sentirse feliz.

Se les explica la creación de la sociedad, a partir de un mundo en crisis donde la población pidió que se le fueran quitadas las libertades e individualidades en nombre de la estabilidad. Se introduce así un presupuesto antropológico vital para la existencia del Estado: el hombre, siendo fundamentalmente un ser egoísta y ambicioso, reconoce por su deseo de auto conservación la necesidad de acceder a la realización, con otros, del pacto primigenio y fundador para la constitución de un soberano y, con éste, del Estado.

En ese mundo perfecto, no importa para nada el individuo: lo importante es la estabilidad social. La sociedad se comporta exactamente como sus dirigentes quieren que se comporte. Para ello, hay un método implacable: la *hipnopedia*, o el principio de la enseñanza durante el sueño. Miles de veces durante su vida la gente escuchará mientras duerme las premisas de lo que será su existencia: se le enseñará a odiar la Naturaleza, se le ordenará amar la sociedad por encima de todas las cosas, se le demandará que consuma todo lo posible.

La educación, debe ser entendida como una cuestión supeditada y vigilada por el control gubernamental, que pretende mantenerla siempre a su servicio. Podemos entenderla como un intento de coacción racional y legitimadora en el fuero interno de cada ser humano, “la ley tiene que ser promulgada y conocida para poder obligar”¹⁴

¹³ Id pag 3

¹⁴ Castaño L, “La educación en el planteamiento de Thomas Hobbes y algunas de sus implicaciones desde la perspectiva de la teoría crítica”, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaEducacionEnElPlanteamientoDeThomasHobbesYAlgunas-2564197%20(2).pdf

En la película de *1984*, vemos la existencia de una verdad única. Los miembros de la sociedad solo conocen lo que se les obliga a aprender, así caen en la ignorancia. Esta verdad es lograda a través de la propaganda excesiva, las pantallas reproducen las mismas durante todo el día.

Los personajes principales, Winston y Julia trabajan en “**ministerio de la verdad**”, ella en el “Departamento de novela” donde se crea la ficción que luego es transmitida y él en el “Departamento de registro” donde se encarga de adecuar el registro del pasado a necesidades del presente. Winston trabaja sobre falsas realidades. Su tarea consiste en destruir cualquier registro histórico que haya dejado de ser favorable para el discurso que el Partido sostenga en ese momento. Revistas, libros y viejos periódicos pasan a diario por su escritorio, y él debe “rectificarlos”.

A través de la producción de discursos convalidados por el Partido, se genera un sistema de costumbres que recibe el nombre de ortodoxia: significa no pensar, no necesitar el pensamiento. Winston sabe que no es mucho lo que puede saber: no conserva recuerdos claros del mundo antes de la revolución que colocó en el poder al Partido. Sabe qué es lo que debe saber, sin que haya espacio para cuestionamientos.

Así, en la concepción hobbesiana, la educación se convierte en el **mecanismo masificador** por excelencia de los hombres, alrededor de un único objetivo: conservar la sociedad civil y mantener la convivencia pacífica. Debe considerarse hasta el punto tal de que no solo hace razonable la obediencia, sino que se manifiesta en la convicción del individuo, como algo absolutamente necesario y deseable.

Esto lo podemos apreciar en la película de *The Wall*¹⁵, cuando los estudiantes del colegio están siendo educados, para ser una masa sin diferencias. Existe una representación simbólica en la escena que se muestra como un grupo de niños caminan hacia una moledora de carne para ser convertidos todos en una misma masa.

¹⁵ *The Wall*, 1982, Alan Parker

La **educación autoritaria**, afecta al momento de la formación del carácter, pues aquí el profesor está imponiendo formas de ser, y formas de actuar frente a situaciones, como también impone formas de pensar. Nos encontramos frente a la escena donde el profesor humilla al protagonista al frente de la clase, con el fin de reprimir sus facultades artísticas para que sea más fácil de moldear, sin distracciones, para que sea otro ladrillo más en la pared. Sin duda la canción “Another brick in the Wall” se convirtió en un himno crítico: no a la educación como forma de reproducción irracional y masificada de las estructuras de poder.

En las películas de *Los chicos del coro*¹⁶ y *La sociedad de los poetas muertos*¹⁷ Hobbes hubiese considerado a Mathieu y a John Keating como **revolucionarios** del sistema educativo. Ambos buscan llegar a sus alumnos y sacan lo mejor de ellos, uno a través de la música y otro a través de la poesía. Estas historias se desarrollan en escuelas que funcionan como internados donde serán regidos por directores de duro carácter.

En cuanto a los chicos del coro, el modelo de educación es basado en el principio de acción y reacción. Este principio de acción y reacción consiste en que ningún hecho puede quedar impune, no existe el perdón, para cada mala acción hay un castigo que impide que los alumnos sigan con el efecto negativo. Si la acción es negativa, su reacción debe ser un castigo para aquella acción. Hobbes vería en este principio como la educación es utilizada para mantener ese “mini estado”, los castigos son utilizados para que los alumnos no se desvíen.

En cuanto al profesor de música, Mathieu, tiene una pedagogía humanista y la aplica armando el coro. Buscando que la música pueda ser el camino para la unidad de los alumnos y su expresión.

En la sociedad de los poetas muertos, existe un conflicto ineludible entre el estilo “autoritario, rígido, acartonado, elitista y exitista” del colegio y la manera de enseñar del profesor Keating con su exaltación de la vida, de la poesía, de la libertad y de la

¹⁶ *Los chicos del coro*, 2004, Christophe Barratier

¹⁷ *La sociedad de los poetas muertos*, 1989, Peter Weir

espontaneidad. Antes de su llegada de un modo consciente o inconsciente adhieren los padres de los adolescentes y los adolescentes a este tipo de educación.

Con la llegada de este nuevo profesor que viene a sembrar nuevos valores e ideales, los chicos deciden crear una nueva “Sociedad de los poetas Muertos”, encabezados por Neil. Allí se sienten libres de los prejuicios de la sociedad, no hay nadie que pueda oprimirlos. Comienzan a luchar por sus ideales, defender su derecho por decir y hacer lo que piensan y sienten. Tal es el gusto a la libertad, que declaran la guerra a los cuatro pilares del colegio y los reemplazan por los siguientes: travesura, horror, decadencia y pereza. Les empieza a gustar la poesía y continúan reuniéndose en la cueva, desafiando a las autoridades escolares.

Con estas películas, podemos concluir como la negación hobbesiana a la oposición al Estado, argumentando que ésta es ilegítima e irregular, niega la posibilidad de que la educación sea una actividad fomentadora del sentido crítico.

La educación está al servicio incondicional de poder absoluto del Estado. La misma debe propender a la supervivencia del soberano y del Estado. Queda excluida la posibilidad de cuestionamiento en el proceso de transmisión. En el capítulo siguiente desarrollaré la teoría de Foucault buscando relaciones con las películas de igual manera.

Capítulo 2. Los cuerpos dóciles y la formación de sociedades disciplinarias por Michael Foucault:

Luego de haber estudiado las **teorías de aplicación del poder de Foucault**, su concepción acerca de los cuerpos dóciles que dan lugar a las sociedades disciplinarias. Asimismo como la autoridad conforma al poder y como el poder logra su eficacia a partir de métodos de vigilancia y control permanente. Encontré en estas ideas la comprensión de las películas seleccionadas las cuales serán tratadas en este capítulo.

2.1 Disciplina como forma de poder

Michel Foucault, grafica al poder como una enorme **red**, en donde los individuos se relacionan. Se refiere a la autoridad, en vigilar y castigar, afirmando que:” Ha habido, en el curso de la edad clásica, todo un descubrimiento del cuerpo como objeto y blanco de poder. Podrían encontrarse fácilmente signos de esta gran atención dedicada entonces al cuerpo, al cuerpo que se manipula, al que se da forma, que se educa, que obedece, que responde, que se vuelve hábil o cuyas fuerzas se multiplican. “¹⁸

Formula su teoría del poder basándose en un proceso histórico, donde el poder de control se basa en el control del cuerpo. Se controla al hombre llevándolo a que obedezca en el reconocimiento de la superioridad del otro. El poder se transforma en **autoridad** sobre la persona. Así, Foucault podría ver distintas autoridades en las películas: en *1984* el gran hermano, en los juegos del hambre por el presidente Snow, en *Un mundo feliz* por el Director, en *V de venganza* por el canciller supremo Adam Sutler. De igual manera en las películas de *La sociedad de los poetas muertos*, *Los chicos del coro*, *The Wall* vemos la autoridad en los educadores, Sr. Nolan , Rachin y el profesor de la infancia que aparece en una de las primeras escenas de la película.

Los hombres debían ser formados y educados de acuerdo a normas establecidas por la autoridad que tenía el poder. En la película de *1984* veríamos como la educación autoritaria fue llevada a un extremo. El estado imponía el vocabulario, llamado **‘neolengua’**. El objetivo de crear tal vocabulario era dominar el pensamiento de los

¹⁸ FOUCAULT M, “Vigilar y castigar”, Siglo veintiuno, editores Argentina sa, Buenos Aires, 2002. Pago 82

miembros del Partido, y hacer inviables otras formas de pensar. Lo que no forma parte de la lengua, no puede ser pensado. La idea es pronunciar palabras casi sin razonar, de allí la abreviación de las palabras o el cambio de su sentido si ello no fuera posible.

En esta sociedad se utilizan las pantallas para adoctrinar, los individuos debían “pensar correctamente”, eran constantemente observados por el Gran Hermano. Quien pensara distinto o disintiera era culpable del “crimen mental” y debía ser castigado, corregido.

Foucault dice “La disciplina fabrica así cuerpos sometidos y ejercitados, cuerpos “dóciles”.¹⁹ La teoría del poder de Foucault, nos lleva a entender que el poder no solo se transforma en autoridad, sino en sujeción por parte del que pierde el poder.

En película de *Un mundo feliz*, el estado llega al extremo de la producción en masa de humanos (Alfa, Beta y Gama). Perfectamente confeccionados para ocupar un lugar en la sociedad, inducidos a través del sueño a creer que eran felices y que el mejor lugar en el que podían estar era el que les había sido otorgado. Nos encontramos así con un lugar donde la dominación no se expresa en términos de opresión, sino de constitución positiva asociada al bienestar de los propios individuos.

Para **Foucault** en la relación de autoridad, hay dos entes; uno que entrega su libertad y poder al otro. Y este otro, que se convierte en el sujeto que ejercerá el poder entregado. Observamos en *V de venganza* la relación asimétrica del poder: la autoridad y la obediencia. Las reglas eran dictadas por el Canciller supremo, apoyadas por su partido.

Vemos como los medios de comunicación están al servicio de Estado, el noticiero no solo se encargaba de reportar las noticias, el Gobierno las fabrica. Lo cual está reflejado en el momento que el hombre que está a cargo de los medios, le dice al canciller que la explosión se le va a atribuir a una demolición de emergencia.

¹⁹ FOUCAULT, M. “La teoría del poder de Foucault en el ámbito educativo”
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaTeoriaDelPoderDeFoucaultEnElAmbitoEducativo-5420558%20(3).pdf

Pero **Foucault** no solo vería esta relación de autoridad en el estado, sino también en la educación, la cual también forma parte del **poder disciplinario**. Encontramos así, en la autoridad que ejerce el docente sobre los estudiantes una relación de poder. El maestro es el modelo, autoridad máxima, el ejemplo a seguir y el alumno tiene que obedecer lo que le imponía el maestro. La educación no es más que la mera transmisión de conocimientos, basada en el memorismo, el castigo físico, la obediencia y el sometimiento. A continuación desarrollare las películas que transcurren específicamente en el ámbito educativo.

Los chicos del coro, es una película que transcurre en un orfanato donde la disciplina es rígida e inflexible. **Foucault** llama a esto “**sanción normalizadora**”, se castiga todo lo que se desvié de la norma. Los chicos son sometidos a castigos corporales, al encierro, son humillados. Incluso, cuando el director recibe al nuevo prefecto, Clemént Mathieu, le exige que lo trate de Señor. Le remarca la puntualidad, como muy importante en la institución. Corta la explicación del prefecto sobre su retraso, y le habla unos escalones más arriba, marcando su superioridad. Así Foucault vería la posición de poder en manos de Rachin.

En *la sociedad de los poetas muertos*, la visión de educación de la academia Welton, se basa en transmitir conocimientos necesarios sin dejar lugar al pensamiento propio. Se refleja **la teoría de Foucault** en las relaciones de poder en el sometimiento de los alumnos a castigos corporales, imponiendo la obediencia extrema que refleja el abuso de la autoridad. Se buscaba de esta manera formar “cuerpos dóciles”.

Foucault vería en los profesores de estas películas, Mathieu y Keating, el enfrentamiento al poder jerárquico, a través del incentivo de lo distinto y lo creativo buscan que sus alumnos creen sus propios conceptos, piensen por ellos mismos.

Según **Foucault**, la educación es un perfeccionamiento autoritario. La educación, al servicio de la autoridad reproduce el orden social, produce individuos homogeneizados. Lo cual se ve reflejado en la película de *The wall* en la escena de la picadora de carne. Los niños sin rostro entran y salen todos iguales con sus pupitres representando un producto del sistema.

Pink, quien de niño ha sido reprimido y humillado por su maestro expresa su disconformidad y resentimiento hacia el sistema representando a las masas como un ladrillo. Representado en una pared, todos los ladrillos se conforman de los mismos materiales, carecen de formas diversas y sus colores son iguales. Esto nos dice que, el individuo deja de ser persona, para convertirse solamente en parte de toda una doctrina tiránica, que pretende convertir al hombre en una simple pieza sin función alguna que cumplir órdenes.

2.2 Eficacia del poder a través de normalización y control permanente

El **poder disciplinario**, desempeña la función principal de enderezar conductas. Para ello hace uso de instrumentos en principio muy simples: la inspección jerárquica, la sanción normalizadora y el propio examen. Es decir para poder ejercer este poder disciplinario se hace necesario activar un dispositivo de vigilancia jerárquica.

La película de *1984*, aborda la historia de ficción de una supuesta sociedad policial donde el estado ha adquirido el control total sobre los ciudadanos. La omnipresencia del control social por medio de un ojo que todo lo ve, El Gran Hermano, está estrechamente vinculada con una de las características principales del **panóptico de Bentham**, un sistema de vigilancia y de control perfecto para aquellos que ejercían el poder. Esta construcción arquitectónica de **control social** fue la metáfora que **Michel Foucault** usó para retratar la **sociedad disciplinaria**, la mirada controladora de la sociedad.

La **vigilancia constante**, condiciona y moldea cualquier forma posible de interacción entre individuos. Impedidos de relacionarse libremente, sometidos a un aislamiento absoluto. El poder de la mirada constante, instala en el recluso una constante sensación de incertidumbre. La idea de la vigilancia perpetua, basta para que la población adopte una actitud sumisa. El sometimiento de los ciudadanos de Oceanía se intensifica frente a estas reglas indefinidas, dada la imposibilidad de identificar un límite, La conducta, entonces, se regula a sí misma; surge la inacción preventiva, una temerosa quietud que busca reducir al mínimo la posibilidad de infracción.

La película de *V de venganza* transcurre en una **ciudad panóptica**, ya que se vigila todo comportamiento y se monopolizan los medios de comunicación. Nos encontramos con

toques de queda, donde las personas encargadas de vigilar ejercen el poder por medio de la jurisdicción y la implementación de un castigo a todo aquel residente que no acatará esta ley. En esta escena ellos encuentran a Evey caminando por las calles cuando se anunciaba el toque de queda y aprovecharon para abusar del poder de su cargo para intentar abusarla sexualmente. De esta manera, la policía, se define como un instrumento empleado por el Estado para ejercer el poder coercitivo en la población, a fin de que ella esté en línea con las leyes

En la película de *un mundo feliz*, las tecnologías son utilizadas por procedimientos de normalización. Así los seres humanos ya no nacen, sino que son perfectamente diseñados genéticamente. La vigilancia permanente en este caso es llevada a cabo a través de la hipnopedia, la utilización de la droga soma y el consumo compulsivo. Las nuevas tecnologías de información y comunicación se convierten en aparatos de vigilancia panóptica.

Según **Foucault** el poder es el ejercicio de conducir las posibles conductas y disponer del campo de acción de los individuos a través de la disciplina y la vigilancia. En la película de *The experiment*, en la “cárcel”, los doctores encargados del experimento imponen sus reglas y delimitan el poder al ser quienes deciden su permanencia en el mismo. El lugar donde se lleva a cabo este experimento se relaciona con el panóptico, la organización de la cárcel facilita la vigilancia permanente, no sola de los prisioneros sino también de los guardias.

Por último, **Foucault** veía a través del juego de los juegos del hambre, el capitolio logra el poder de las masas, la represión de los distritos y el dominio de las personas en cuerpo y mente. Vemos nuevamente representado el **papnotismo**, la vigilancia es permanente, los juegos se encuentran llenos de cámaras y fuera de él se transmite todo el tiempo lo que sucede, manteniendo a la sociedad dominada a través de las pantallas una vez más.

3. El sistema totalitario como un nuevo género político en Hannah Arendt

Luego de haber investigado la teoría de **Hannah Arendt** sobre los regímenes totalitarios, que concepto tiene de los mismos, al igual que los elementos que los definen. La idea que la autora desarrolla sobre el hombre- masa, ideología y educación. Como su noción de los campos de concentración, encontré relaciones con las películas seleccionadas las cuales desarrollo a continuación.

3.1 Elementos de gobiernos totalitarios

Hannah Arendt concibe al **totalitarismo** como una nueva forma de gobierno, para esta autora no es sólo un fenómeno histórico de decisiva importancia, sino también una categoría de explicación filosófica. En primer lugar, plantea dos posibilidades respecto a cómo se llega al totalitarismo, es posible pensarlo como una «desviación», un «accidente» o una «contingencia» derivada de las formas de gobierno existentes y ya conocidas desde la Antigüedad, o si se trata, más bien, de que la naturaleza del gobierno totalitario constituye un género nuevo.

Arendt defiende la segunda posibilidad y explica los elementos que conforman este nuevo concepto. Uno de los puntos más esenciales es “El sistema totalitario no sustituye el sistema de partidos por la dictadura de un solo partido, sino por un movimiento de masas.”²⁰ Dentro de las películas seleccionadas encontramos en *La ola* la formación de una masa de estudiantes que siguen al profesor Raigner como su líder y que toman como enemigos a los alumnos “anarquistas”.

El objetivo del gobierno totalitario es la organización de las masas, de esta manera se busca aislar al individuo, destruyendo sus capacidades políticas, lo que permite el asentamiento del totalitarismo. , “la característica principal del hombre-masa no es la brutalidad y el atraso, sino su aislamiento y su falta de relaciones sociales normales”.

En *1984* Winston se plantea lo vacío de la vida, la falta de contenido real. En esta sociedad es logrado a partir de la soledad del individuo dentro del grupo. Se limita la comunicación entre individuos, prohibiendo las relaciones entre ellos y también porque todo el tiempo estaban siendo observados, no tenían intimidad. No existe para ellos un

²⁰ HANNAH A, “Hanna Arendt y el totalitarismo: implicaciones para una teoría política”, <http://www.raco.cat/index.php/convivium/article/viewFile/73280/98713>

momento de silencio, que le permita establecer un diálogo interno, ni una interacción auténtica con los otros que le ayude a hacer del mundo un lugar propio.

Arendt vería como lo mismo sucede en *Un mundo feliz* pero de manera distinta, dado que la libertad con la cual se manejan las relaciones en la película también es una manera de perder relaciones reales. Se impone la **dictadura de la felicidad**, para los momentos tristes tienen una droga llamada “soma” que hace que funcionen como una sociedad perfecta. Podríamos observar el surgimiento de tres movimientos de masas, alfa, beta y gama, así es dividida esta sociedad y a través de la hipnopedia se los convence de que el lugar que ocupan es el mejor para ellos.

Pero el totalitarismo pretende, además, fomentar la destrucción de la misma vida privada, desarraigar al hombre del mundo, anular su sentido de pertenencia al mundo. Pretende la dominación total, entonces busca eliminar las particularidades para reducir la personalidad humana a cosa. Como medios para conseguir este objetivo encontramos: el adoctrinamiento ideológico de las formaciones de élite, a través de la mentira generalizada

El **adoctrinamiento**, también se lleva a cabo a través del terror absoluto de los campos de concentración. Justamente debido a ello, Arendt considera los campos de concentración como la verdadera institución central del poder organizador totalitario. Las películas de “la vida es bella” y “el niño con el pijama a ratas” transcurren en campos de concentración, donde se muestra como era vivir en ellos, la falta de comida, el trabajo forzado, los castigos.

Arendt ha definido a los campos de concentración como “*laboratorios de la dominación total*”, basada en la creencia de que el verdadero fin de estos espacios es experimentar. En estos laboratorios el sentido común de los hombres se anula ante la demostración de la absoluta posibilidad. “Lo que se rebela contra el sentido común no es el principio nihilista de que 'todo está permitido', que se hallaba ya contenido en la concepción utilitaria y decimonónica del sentido común. Lo que el sentido común y la 'gente normal' se niegan a creer es que todo sea posible.”²¹

²¹ Id pág. 17

Tomando esta idea de referencia, **Arendt** veía en la cárcel en la cual se lleva a cabo la película de *The experiment*, “un laboratorio de dominación total”. La figura de autoridad, junto con la creación de condiciones que permiten cometer las mayores atrocidades sin culpa hará que una persona normal como Michael, al ejercer su papel de guardia se vea tentado por la idea de dominación sobre el otro.

Sumado el hecho de que a a los prisioneros se les despoja de sus nombres y pasan a ser reconocidos por simples números. La identidad individual, en el experimento, demostró que los guardias no solamente actuaron como tales sino que internalizaron esa denominación hasta volverla una parte de su identidad.

Vemos como, en la película *El Experimento*, emerge un sistema autoritario al crear una comunidad de poder. El sentimiento de pertenecer a un grupo y de estar protegido por el mismo, hacía que los hombres experimentasen conductas de odio y dominación. De una forma similar ocurre en *La ola*, pues, a través de un intento pedagógico, por parte del profesor, de mostrar a su alumnado que las dictaduras no son solo cosas del pasado, reproduce un sistema autocrático donde se anulan las voluntades e identidades colectivas.

Durante la misma el profesor demostrara lo fácil que es manipular a las masas. Instala un régimen totalitario donde la voluntad individual queda subordinada a la voluntad colectiva.

Podemos concluir que en el gobierno totalitario concurren los siguientes elementos:

- Concentración del poder en un líder
- sustitución del sistema de partidos por un movimiento de masas
- el terror total como mecanismo de dominación
- la progresiva abolición de las libertades y derechos de la persona humana
- uso de la propaganda y del sistema educativo para adoctrinar

En las películas podemos ver la concentración del poder en distintos líderes, en *1984* se ve personalizado por el gran hermano, en *los juegos del hambre* por el presidente Snow, en un mundo feliz por el Director, en *V de venganza* por el canciller supremo Adam Sutler. De igual manera en las películas de *la sociedad de los poetas muertos* y *los chicos del coro* vemos la concentración del poder de toma de decisiones en los directores, Sr. Nolan y Rachin respectivamente.

Arendt vería la progresiva abolición de libertades y derechos en varias de estas películas. En *1984* se les niega el derecho a la intimidad, las pantallas estaban todo el tiempo controlándolos, se les niega el derecho de tener una familia, también el derecho de pensar a partir de la policía del pensamiento. Imponiendo terror se ven coartados en su libertad.

En *V de Venganza* también encontramos pantallas encendidas todo el tiempo, toques de queda que prohíben que se circule con libertad. En *los juegos del hambre* todos se encuentran obligados a participar del juego y a verlo como entretenimiento. También, en la película *the experiment*, si bien la película transcurre en una cárcel, se ve como son vulnerados en sus derechos, por ejemplo a un prisionero que necesita insulina no se la quieren suministrar.

Vemos limitado el derecho a la educación y a expresarse libremente en las películas de la sociedad de los poetas muertos y los chicos del coro. Donde se impone la educación totalitaria y no se permite que profesores con nuevas ideas fomenten una manera distinta de pensar.

3.2 Mecanismos de dominación totalitaria

Los regímenes totalitarios crean un mundo ficticio, utilizando mecanismos de control social, por esto podemos decir que la **propaganda** y el uso del terror ofrecen dos caras de una misma moneda: "el terror sin propaganda perdería la mayor parte de su efecto psicológico; mientras que la propaganda sin terror no supone del todo su impacto".²²

La película de los juegos del hambre refleja el control del gobierno sobre las masas, a partir del terror, impuesto de distintas maneras, entre ellas: el control de los

²² ARENDT H, "Los orígenes del totalitarismo", grupo santillan ediciones, Buenos aires, Pago 279

alimentos, a los residentes de los 12 distritos no se les permite comer más alimentos de los que son asignados por el gobierno. Cazar una ardilla da lugar a un severo castigo. El control sobre la tierra, los 12 distritos están cercados con líneas eléctricas de alta tensión, regiones donde los recursos son limitados.

El control sobre los medios de comunicación por el gobierno, controla cada emisión. A lo largo de la película, el gobierno está obsesionado con la opresión total de la población, negándoles alimentos y recursos, la realización de juegos es para convencerlos de que no tienen ningún poder personal.

La propaganda es parte inevitable de la «**guerra psicológica**», pero el terror lo es más. El terror sigue siendo utilizado por los regímenes totalitarios incluso cuando ya han sido logrados sus objetivos psicológicos: su verdadero horror estriba en que reina sobre una población completamente sometida. Estas herramientas son utilizadas por regímenes totalitaristas para evitar que los individuos puedan pensar y expresarse con libertad; les anula de manera progresiva sus derechos.

En 1984, nos encontramos frente a una política dictatorial, caracterizada por la violencia, el ejercicio del poder y el control social sobre la vida desde el aparato administrativo del Estado. El cual se ve representado por el Gran Hermano, una entidad impersonal que nadie conoce, pero que tiene presencia permanente. Se los convence de esta entidad con la frase, *El Gran hermano está viendo* y los eslóganes del partido: *La guerra es la paz La libertad es esclavitud La ignorancia es fuerza*.

Se promueve el embrutecimiento de las masas, fomentando la ignorancia. Se busca la anulación de todo pensamiento crítico, mediante la imposición del pensamiento único. El *falseamiento de la realidad*, el ministerio de la verdad, lugar donde Winston, el protagonista, trabaja, encargado de manipular la opinión pública y la historia según las necesidades del Gran Hermano, haciendo de sus adversarios no personas.

“La razón fundamental de la superioridad de la propaganda totalitaria sobre la propaganda de los otros partidos y movimientos es que su contenido, en cualquier caso para los miembros del movimiento, ya no es un tema objetivo sobre el que la gente pueda

formular opiniones, sino que se ha convertido dentro de sus vidas en un elemento tan real e intocable como las reglas de la aritmética.” Cita de los orígenes del totalitarismo

El poder totalitario supone al **hombre-masa** como un ser perfectamente moldeable, y su objetivo es acabar de destruir su sentido común y su reconstrucción de la realidad objetiva. Busca mediante la deformación del pensamiento humano convertirse en la única fuente de conocimiento de lo “real”.

Con el uso de la propaganda se busca emancipar el pensamiento de la experiencia y la realidad, se esfuerza por imponer una realidad conforme a sus afirmaciones ideológicas. En un mundo feliz, nos encontramos con una ideología impuesta por la felicidad, la diversión y el consumo sin límites es la manera de manipularlos. El estado incentivara el uso de la droga “soma” que le facilita el control de las emociones, la sociedad es feliz y cree que lo sabe todo.

Conclusión

De acuerdo con mi objetivo respecto del tema propuesto y que fuera desarrollado en los párrafos anteriores, se puede apreciar la identificación de patrones totalitarios en las películas seleccionadas. Tomando de base la bibliografía de los autores pude establecer una relación entre los conceptos que utilizan.

En primer lugar nos encontramos con el modo de referirse al Estado totalitario, para Thomas Hobbes será “El Leviatán”, un monstruo bíblico, de poder absoluto que representa al estado totalitario. Para Michael Foucault serán autoridades, el poder se grafica como una enorme red y se convierte en una autoridad que ejerce el control sobre la persona. Y por último para Hannah Arendt serán líderes carismáticos, el poder concentrado en una persona, que poseerá una multitud de seguidores exaltados por su presencia.

Por otro lado, estos autores, distinguen las sociedades sobre las cuales puede ejercerse el poder absoluto. Thomas Hobbes se lo atribuye a la naturaleza del hombre. Entendida ésta, como un estado de guerra permanente donde el individuo solo puede tender a su autoconservación. Michael Foucault lo atribuye a los cuerpos dóciles, noción que refiere al cuerpo manipulable que podrá ser sometido, utilizado y perfeccionado. Y Hannah Arendt estudia al hombre-masa. El sistema totalitario crea un movimiento de masas, aislando al individuo para poder dominarlo.

En segundo lugar, advertimos como se llega a los Estados totalitarios. Thomas Hobbes, basándose en la filosofía contractualista, sostiene un contrato social a partir del cual los poderes son delegados en el soberano. Por su parte, Michael Foucault, utiliza el panóptico de Bentham para retratar una sociedad disciplinaria. El estado totalitario debía mantener la vigilancia permanente.

Por ultimo Hannah Arendt, definía a la ideología como una concepción de gran atractivo para las masas. Debido a que explica el desarrollo de la historia a partir de acontecimientos pasados, que permiten predecir el futuro y sustituir la acción humana por una ideología.

Estas categorías fueron analizadas a lo largo del trabajo, buscando delimitar como en las películas seleccionadas se presentan los elementos descriptos. Pudiendo apreciar, que

si bien estos autores son de distintas épocas y tienen diferentes ideas podemos encontrar puntos de contacto en sus teorías.

Para finalizar con este trabajo, mencionaré lo que considero el punto más significativo: la utilización de los medios de dominación para sostener a los estados totalitarios. En estos autores encontramos maneras de someter a las personas al poder del estado: en Thomas Hobbes la seguridad y la paz, en Michael Foucault, la vigilancia jerárquica y en Hannah Arendt, la propaganda como modo de imponer realidades.

Siendo común en estos tres el uso de terror total, la progresiva abolición de libertades y derechos y la educación como método para adoctrinar.

Bibliografía

FOUCAULT M, “Vigilar y castigar”, Siglo veintiuno, editores Argentina sa, Buenos Aires, 2002.

ARENDR H, “Los orígenes del totalitarismo”, grupo santillan ediciones, Buenos aires.

FOUCAULT, M. El poder, una bestia magnifica: Sobre el poder, la prisión y la vida. Primera edición. Siglo Veintiuno Editores. 2012.

HOBBS T. Leviatán. Biblioteca del Político. 1651

SIERRA SALA, HH, “Sobre la condición humana en la teoría del estado de Hobbes”,
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/675-899-1-PB.pdf

Cardona P , “Poder político, contrato y sociedad civil: de Hobbes a Locke”
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-PoderPoliticoContratoYSociedadCivil-
2675190%20(2).pdf

Castaño L, “La educación en el planteamiento de Thomas Hobbes y algunas de sus implicaciones desde la perspectiva de la teoría crítica” ,

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-

LaEducacionEnElPlanteamientoDeThomasHobbesYAlgunas-2564197%20(2).pdf

FOUCAULT, M. “La teoría del poder de Foucault en el ámbito educativo”

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-

LaTeoriaDelPoderDeFoucaultEnElAmbitoEducativo-5420558%20(3).pdf

HANNAH A, “Hanna Arendt y el totalitarismo: implicaciones para una teoría política”,

<http://www.raco.cat/index.php/convivium/article/viewFile/73280/98713>

Roman S, “Acerca del concepto de naturaleza en Thomas Hobbes: derecho natural y ley

natural en El Leviatan” file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-

AcercaDelConceptoDeNaturalezaEnThomasHobbes-4318774%20(2).pdf

Gadea,W “Naturaleza humana, deseo y guerra en Hobbes: la necesidad del estado político.”

<http://www.revistadefilosofia.org/50-07.pdf>

Torrallbo, A “El totalitarismo en Hannah Arendt: contexto y estructura de los orígenes del

totalitarismo” <http://elbuho.aafi.es/buho8/palomar.pdf>

Avila, C “Hanna arendt y los campos de concentración. Una imagen del infierno”

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22012014000200012

Ayala, S “Propaganda totalitaria: un recorrido diferente”

<http://rehip.unr.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/2133/1852/12->

Ayala_Propaganda_totalitaria.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Fernandez, D “Thomas Hobbes: libertad, miedo y resistencia política”

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/44073-67538-3-PB%20(1).pdf

Guillen, J “las organizaciones, el poder y micel Foucault”
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LasOrganizacionesElPoderYMichelFoucault-2983339.pdf

Garcia, V “Michel Foucault: el poder, el sistema educativo como instrumento de control”
<https://es.slideshare.net/Antichristian333/foucault-poder-control-y-educacin>

Anexo de películas

“La ola”, 2008, Dennis Gansel

La ola es una película de drama alemana, realizada en el 2008, dirigida por Dennis Gansel, inspirada en los sucesos que tuvieron lugar en una escuela secundaria de California en el año 1967, hechos que fueron conocidos bajo el nombre de la Tercera Ola. La trama de esta película gira alrededor del profesor Rainer Wenger, a quien le es asignado dirigir un proyecto educativo en torno a la autocracia. Quien se dispondrá a explicarlo de manera práctica.

“Los juegos del hambre”, 2009, Gary Ross

Los juegos del hambre es una película basada en la trilogía de Suzanne Collins, a partir de un levantamiento se impone un régimen totalitario que castiga a la sociedad a través de un juego en el cual se eligen dos tributos de cada uno de los doce distritos y solo uno sobrevive. Hasta que la protagonista, encuentra unas moras letales y desafía el sistema.

“Un mundo feliz”, 1998, Leslie Libman

Aldous Huxley, imagina una sociedad basada en una producción en serie haciendo alusión a la teoría del Fordismo de seres humanos engendrados a través de ingeniería genética con condiciones preestablecidas de acuerdo a las necesidades del gobierno condicionados a obrar de acuerdo a las características que le fueran asignadas. Controlando ese estado de felicidad continúa a través del consumo de una droga “Soma” droga de la felicidad planteando una sociedad sin guerras ni hambre. Basada en esta novela se lleva a cabo la película “Un mundo feliz” dirigida por Leslie Libman.

“La vida es bella”, 1997, Roberto Benigni.

La trama principal que señala la película “La vida es bella” es el horror al cual han de enfrentarse Guido, Josué (su hijo) y el resto de los presos en el campo de concentración. Guido para defender la libertad y la vida de sus seres queridos, ha de crear una especie de juego entre Josué y el autoritarismo de los nazis

“1984”, 1984, Michael Radford

George Orwell imagina una sociedad en la que los mecanismos de control gubernamentales han llegado al extremo. La película de 1984, basada en el libro de George Orwell, describe un mundo totalitario con ciertas características: un partido único que domina la vida dentro de Oceanía y la exaltación de la figura de un líder, es representado como el Gran Hermano.

The Wall, 1982, Alan Parker

The wall es una película basada en el álbum de Pink Floyd. Pink es una estrella de rock ficticia que va sufriendo varios traumas importantes a lo largo de su vida: la muerte de su padre en la 2ª Guerra Mundial, la humillación sufrida en la escuela, la sobreprotección por parte de su madre. Esto hace que Pink vaya construyendo un muro que le aislé del mundo exterior.

Los chicos del coro, 2004, Christophe Barratier

Clément Mathieu, profesor de música, empieza a trabajar como vigilante en un internado de reeducación de menores. Especialmente represivo, el sistema de educación del director Rachin apenas logra mantener la autoridad sobre los alumnos difíciles. El mismo Mathieu siente una íntima rebeldía ante los métodos de Rachin y una mezcla de desconcierto y compasión por los chicos. En sus esfuerzos por acercarse a ellos, descubre que la música atrae poderosamente el interés de los alumnos y se entrega a la tarea de familiarizarlos.

V de venganza, 2005, James McTeigue

V de venganza, es una adaptación al cine de la novela gráfica V for Vendetta dirigida por James McTeigue. Se narra la historia de un futuro cercano donde Inglaterra es un estado fascista y totalitario. Evey una joven proveniente de la clase trabajadora es rescatada por 'V', un misterioso enmascarado. V es un hombre complejo y solitario que busca la libertad del pueblo, condenando la corrupción y la crueldad que se está sufriendo por culpa de los dirigentes. Cuando V rescata a Evey le explica cuáles son sus planes para conseguir la libertad del pueblo que tanto ansía.

The experiment, 2010, Paul Sheuring

The experiment es una película dirigida por Paul Sheuring donde se recrea un experimento realizado en la cárcel de Stanford en el año 1971. Cuenta la historia de 20 hombres que llegan a una cárcel ficticia buscando la forma de ganar dinero rápido. Deberán participar en un experimento sociológico en el que cada uno de ellos deberá interpretar un rol diferente, a saber: 12 guardias carceleros y 8 prisioneros. Los prisioneros deberán obedecer las órdenes de los guardias y los guardias deberán hacerse respetar para que los presos no se amotinen. Con el paso de los días, el experimento se empieza a descontrolar. Los guardias abusan de su poder de forma cruel, los presos, mientras tanto, intentan organizarse para resistir los abusos de sus carcelero

La sociedad de los poetas muertos, 1989, Peter Weir

La Sociedad de los poetas muertos es una historia que transcurre en la prestigiosa universidad estadounidense de Welton. El principio básico del centro es la disciplina, la cual es llevada a rajatabla por todo el claustro de profesores. El curso se acaba de inaugurar y un nuevo profesor llamado John Keating pretende emplear otros métodos.

El niño con el pijama a rayas, 2008, Mark Herman

El niño con el pijama a rayas cuenta la historia de una familia alemana, compuesta por un oficial de alto rango; su mujer; su hija y su hijo se mudan a las lejanías de Berlín por motivos del cumplimiento laboral y nacionalista del conductor de la familia. Su misión: custodiar, organizar y reglamentar un campo de concentración judío. La familia será testigo de la mayor atrocidad humana de todos los tiempos.

**«La eficacia de las directivas
médicas anticipadas: el
caso en los niños, niñas y
adolescentes en los
hospitales Héctor J. Vilela
y prof. Juan Pedro Garrahan»**

Alumno: Agustina Ferrero

Director: Dra. Marianela Fernández

LA EFICACIA DE LAS DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS: EL CASO EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS HOSPITALES HECTOR J. VILELA Y PROF. DR. JUAN PEDRO GARRAHAN.

Resumen.

El objeto del siguiente trabajo es profundizar y ampliar los conocimientos existentes en materia de directivas médicas anticipadas en especial aquellas relacionadas con la salud, como elemento característico del Derecho de la Salud –nueva rama transversal del Derecho, llamada a enriquecer los planteos clásicos normativos-. Observaremos como, aunque de manera sutil, comienza a incorporarse en el ordenamiento normativo de nuestro país este instituto que resulta extraño, según trataremos de comprobar, a las costumbres e idiosincrasia argentina. Quizá, podríamos ubicar la causa a los valores que entran en juego, las tensiones y relaciones valorativas presentes en la implementación de las directivas anticipadas en materia de salud.

Intentaremos también, analizar el aspecto ius sociológico de las directivas anticipadas en cuanto a su eficacia, en el marco de la ciudad de Rosario, específicamente en el Hospital de Niños “Hector J. Vilela” y El Hospital de Pediatría SAMIC "Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan" situado en Buenos Aires.

Resaltaremos las soluciones que encuentran los distintos profesionales en dichos nosocomios al momento de encarar la realidad donde se ven involucrados niños que no tienen la capacidad jurídica para decidir respecto de su propio cuerpo.

En definitiva, veremos que nos enfrentamos con una figura ampliamente conflictiva que hará realzar las creencias y posiciones de cada persona de manera particular. Y se resolverá cada caso concreto según la valoración que realice el equipo de salud por un lado y por otro, el paciente y su familia, pilar fundamental al momento de tomar determinaciones respecto a la salud.

Abstract.

The goal of this paper is to enhance and expand the existing knowledge on advanced healthcare directives especially those related to healthcare as a distinctive element of Health Law –a new transversal branch of Law, called to enrich classic

regulations statements-. We will note how, even in a subtle way, this begins to be incorporated in the regulations of our country, something that results strange in view of the Argentine customs and idiosyncrasy. We may relate the cause to the values involved, tensions and evaluation relations present in the implementation of advanced healthcare directives.

We will also try to analyze the *ius* sociological aspect of advanced directives in terms of their efficiency, in the framework of the city of Rosario, specifically in *Hospital de Niños "Hector J. Vilela"* and Pediatrics Hospital *SAMIC "Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan"* of Buenos Aires.

We will highlight the solutions professionals find in those health institutions when facing the reality of children that do not have the legal capacity to decide for themselves.

Ultimately, we will see we are facing an extremely conflictive concept that will enhance each person's beliefs and ideas. Each specific case will be solved, on the one hand, according to the assessment of the healthcare team and on the other, according to the patient and his family, fundamental pillar at the moment of taking decisions related to health.

Palabras claves.

Directivas Medicas Anticipadas- Autonomía de la voluntad- Niños, niñas y adolescentes.

Keywords.

Advance Medical Directives- Autonomy of the will- Children, girls and adolescents.

Agustina Ferrero. Estudiante de la Facultad de Derecho. UNR

1. Introducción.

La finalidad de la siguiente investigación es en primer lugar, realizar un análisis sobre la reciente incorporación al Código Civil y Comercial de las Directivas Medicas Anticipadas en el art. 60¹ y el impacto que las mismas tienen en nuestra sociedad, y en un segundo término, intentaremos resolver el interrogante sobre cómo se aplicarían en las situaciones donde se ven involucrados niños, niñas y adolescentes.

Debemos destacar que si bien en Argentina es una novedad, el instituto de las directivas anticipadas no lo es así en varios países como EEUU, Francia, Italia y Alemania donde tienen un desarrollo normativo afianzado y una aceptación social muy diferente a la nuestra. Aunque vale la aclaración de que el grado de desarrollo alcanzado no ha sido el mismo ni es homogéneo en cada uno de ellos. Es así, que en España y Alemania por ejemplo las directivas tienen carácter vinculante respecto del profesional. En cambio, en países como Francia tienen un valor indicativo, lo que significa que el profesional de la salud debe tener en cuenta el documento suscripto pero no resultan obligatorias.

Por su parte en nuestro país, encontramos como antecedente inmediato a la sanción del Código Civil y Comercial, la ley de “Derechos del Paciente” 26.529² sancionada en el año 2009 y su posterior modificación en el año 2012 ley 26.742³. Aunque vale decir que las provincias de Neuquén y Rio Negro fueron pioneras en el tema y tienen legislación del instituto desde el año 2007.

Queda reflejado con las citadas legislaciones que nos hallamos, no sólo frente a una figura controversial sino que entra en juego la valoración que cada uno realizará en situaciones sensibles donde nos topamos cara a cara con la finitud humana. Por todo esto es que se deberán repensar soluciones adecuadas a cada tipo de sociedad y sus diferencias culturales, económicas e ideológicas ante tan polémica figura. No es propicio que se

¹ ARTICULO 60.-Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

² Ley de Derechos del Paciente, en relación con los profesionales e instituciones de la salud. N° 26.529. Infoleg

³ Ley de Muerte Digna. N° 26.742. 2012. Infoleg.

realicen copias de instrumentos nacidos del sistema norteamericano y europeo totalmente ajenas a la cultura latinoamericana tan característica y particular de hacer las cosas de forma más “familiar”. Por esto creemos que es necesario referirnos a lo expuesto por el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, en sentido de afirmar a la noción de salud, “como construcción cuyos alcances dependen en mucho de la cultura en la que se desarrolla, es variable según el espacio, el tiempo y las personas”⁴.

2. Antecedentes legislativos en Argentina. Las Directivas Médicas Anticipadas y su reconocimiento en el Código Civil y Comercial.

Como han señalado varios autores puede decirse que la figura de las directivas anticipadas ingresó a nuestro ordenamiento de manera tímida e incompleta. En primer término porque se ha omitido legislar sobre su publicidad y además, por la posible caducidad de las instrucciones, puesto que es claramente posible que esas instrucciones dadas en un momento determinado puedan perder su vigencia al tiempo de ser aplicadas, por el avance tecnológico y los nuevos tratamientos descubiertos.

El primer antecedente en nuestro país lo ubicamos en el año 1967 con la ley 17.132- de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración- que contiene en su artículo 19 inciso 3° que se debe “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o delitos...”⁵

En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en el año 2003, se concluyó que las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamientos médicos constituyen una forma específica de consentimiento informado con la finalidad propia de preservar el respeto a la dignidad de la persona y la inviolabilidad a su esfera propia y privada.

En nuestro país, fueron precursoras en la materia distintas leyes provinciales. La

⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas filosófico-jurídicas de la salud”, en “Cartapacio, Bioética y Bioderecho” (Rosario, 1999) Vol.4, pg. 32.

⁵Ley nacional de Reglas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración. N° 17.132. 1967. Infoleg.

ley N° 4263⁶ de Río Negro, en el año 2007 fue la primera en regular sobre las directivas médicas en su artículo 11°, cuando da el derecho a toda persona capaz de aceptar o rechazar tratamientos médicos que se le pudieran indicar en el futuro. Le brinda el nombre de Declaración de Voluntad Anticipada (DVA), es un documento escrito, datado y fehaciente. Podrá ser declarado por el paciente ante el médico tratante y bajo la presencia de dos testigos, o lo puede hacer frente a escribano público. Por último, establece que la declaración será asentada en la historia clínica.

Por su parte, la provincia de Neuquén, sancionó la ley N° 2611⁷ en donde encontramos un capítulo dedicado al respeto de la autonomía del paciente, y es ahí donde en su artículo 9, 10, 11 y 12 menciona el consentimiento informado, de qué manera debe producirse, sus limitaciones, el consentimiento con representación en los casos de pacientes incapaces, y las condiciones de información que debe brindarse al paciente por parte de los profesionales de la salud. Consiguientemente, en el artículo 13 incorpora las *instrucciones previas*, siendo ese el nombre que les da la ley a las directivas médicas anticipadas y establece que será regulado su procedimiento por cada servicio de salud para garantizar su aplicación.

En la provincia de Córdoba, se sancionó la ley n° 10058⁸ que establece en su capítulo IV la Declaración de Voluntad Anticipada, estando compuesta por cuatro artículos y siendo lo novedoso de esta normativa el anexo de un formulario para realizar las declaraciones anticipadas que debe encontrarse a disposición de todos los ciudadanos en la página web del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y en toda la red de hospitales provinciales.

Complementando a la legislación provincial y nacional vigente, los colegios de escribanos de provincias como Chaco, Buenos Aires, San Juan, Entre Ríos, Catamarca, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Santa Fe 1ra y 2da Circunscripción, le han dado lugar a la figura de las directivas anticipada con el nombre de actos de autoprotección, es así su denominación porque no sólo se limitan al área de salud si no que otorgan el derecho a todo ser humano de disponer y decidir sobre su vida, su salud, sus bienes y su persona para el

⁶Ley de Declaración de Voluntad Anticipada. N° 4.263. Río Negro. 2007.

http://www.legisalud.gov.ar/atlas/categorias/bioetica_temas.html

⁷Ley N° 2611. Neuquén. 2008. http://www.legisalud.gov.ar/atlas/categorias/bioetica_temas.html

⁸Ley de Declaración de Voluntad Anticipada. Muerte Digna. N° 10058. Córdoba. 2012.

http://www.notivida.com.ar/legprovincial/CORDOBALey10058_DVA.html

futuro ante una eventual imposibilidad de autogobierno. Para su formalización crearon los Registros de Autoprotección, que en el caso del Colegio de Escribanos de nuestra demarcación, funciona dentro del Archivo de Protocolos, conjuntamente con el Registro de testamentos, brindándole la seguridad y reserva necesaria.

A nivel nacional, encontramos como antecedente a la sanción del Código Civil y Comercial la ley 26.529 sancionada en el año 2009 que consagra expresamente el respeto por el derecho a la autonomía del paciente:

"ARTICULO 11. — Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes."

En un principio la ley 26.529 no establecía ninguna formalidad pero luego, con su modificación, la ley 26.742 agregó un párrafo al mencionado artículo 11 y remarca que "la declaración de voluntad deberá formalizarse ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó".

Lo que hace esta nueva exigencia formal es atentar contra la practicidad de la figura y da lugar a que se termine judicializando las directivas anticipadas, generando una situación engorrosa y afectando los derechos personalísimos de las personas.

El 5 de julio de 2012 se aprobó la reglamentación de la ley 26.742 conocida como la ley de "Muerte Digna", y mediante el decreto 1089/12⁹ se llevó a cabo la tarea de reglamentar la norma jurídica.

Entre los puntos más relevantes que introduce la reglamentación en relación a las directivas médicas anticipadas, se pueden señalar los siguientes:

1. Incorporación a la historia clínica.

2. Posibilidad de designar interlocutor: "el paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones."

⁹Decreto 1089/12. 2012. Poder ejecutivo nacional.

3. Procedimiento frente a la sospecha de práctica eutanásica: los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de Ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales directivas anticipadas. Y además, brinda una definición de lo se considera cuidados paliativos “se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento”.

4. Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las directivas anticipadas. Es obligación de cada institución contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.

5. No se tendrán por válidas las directivas anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas.

6. Revocación: el paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las leyes que se reglamentan por el presente decreto. Si el paciente no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal con la presencia de al menos dos (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica.

7. El paciente debe tomar los recaudos necesarios para que sus directivas anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo, si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento y ellas deben documentar con su firma que consienten representarlo.

8. Formalidades: las directivas anticipadas emitidas con intervención de un (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de

dos (2) testigos o, en su caso, de la o las personas que este autorice a representarlo en el futuro y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y, en su caso, de las personas que aceptan representarlo. Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las directivas anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante debe manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

9. Eximición de responsabilidad civil, penal y administrativa: en concordancia con lo dispuesto con el incorporado art. 11 bis se establece que “en ningún caso se entenderá que el profesional que cumpla con las directivas anticipadas emitidas con los alcances de la ley 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento”.

10. Posibilidad de creación de registro de directivas médicas anticipadas.

Como hemos mencionado, el Código Civil y Comercial regula las directivas médicas anticipadas en su artículo 60 donde establece la concepción y formalidad.

“Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Ésta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

Es así como en nuestro cuerpo legislativo se vuelve a colocar a la persona en el eje de la cuestión al reconocerle derechos personalísimos y ocuparse de su dignidad producto de los avances de la medicina, la biotecnología y otras realidades de nuestra era.

Se incorpora al ordenamiento el concepto de directivas médicas anticipadas y además, se amplía la anterior legislación porque prevé la designación de mandato en previsión de la propia incapacidad, nombrando a un tercero para que pueda actuar en

nombre de la persona al momento de exigir el cumplimiento de las directivas o las complementes de acuerdo a lo que el incapaz hubiese querido en cuanto a sus deseos sobre calidad de vida, cuidados a los que quisiera ser sometidos, etc.

Será necesario para que esta figura sea eficaz, brindar la publicidad necesaria para que sea conocida por los ciudadanos, la creación de Registros Públicos, la gratuidad del proceso, la unificación en el sistema hospitalario de las historias clínicas, la legislación con respecto a la caducidad de las directivas estableciendo la obligatoriedad de renovar o ratificarlas como lo es en Francia.

Observaremos que en la redacción del nuevo Código se pregonó una mirada ampliada y aggiornada de la autonomía de la voluntad, incorporando el principio de progresividad de la autonomía y sentando ya, no como regla sino como excepciones a las limitaciones y restricciones entendidas anteriormente como incapacidad.

Con la intención de realzar los derechos humanos, el cuerpo normativo centra su enfoque en el hombre como protagonista de las relaciones jurídicas. Es por esto que aspira a abandonar el paradigma paternalista en el que siempre se basó la relación médico-paciente, colocando a este último en un lugar de sumisión y debilidad ante la desinformación y la ostentación de superioridad moral, científica y técnica de los profesionales de la salud. Sin embargo, es un intento que podríamos llamar fallido porque como se mencionó anteriormente al ejecutar una mera reproducción tomada de legislaciones oriundas de otros países totalmente ajeno a nuestra idiosincrasia será complejo adecuarla a nuestra realidad.

Los motivos de la falta de adaptación de la norma los podemos vincular a varios factores. Por un lado, la religión y la influencia que esta ejerce en nuestra esencia aunque sea en nuestro inconsciente más remoto. Por el otro, creemos que los ideales y la pujanza que desempeña la familia al forjarse la personalidad de cada uno. No somos seres individualistas si no que las familias continúan siendo ese clan donde las acciones del Estado no logran perpetrar. Además, al regularse las directivas médicas ponen en pie de guerra los distintos valores enaltecidos por cada particular, y derechos fundamentales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, como la vida, la dignidad y la libertad de culto. Esto nos impulsa a

debatir si como sociedad estamos preparados para utilizar estos recursos que permiten desarrollar la autonomía personal sin cuestionamientos.

Por esto es que corresponderá efectuar, por parte de la bioética latinoamericana una adaptación de las Directivas Anticipadas ya que si bien, es un instrumento útil deja de serlo en el momento en que no se condice con nuestra realidad socio-cultural.

3. Jurisprudencia Nacional.

Las primeras exclamaciones reconocidas en cuanto al respeto de la autonomía de la voluntad surgieron por medio de los Testigos de Jehová y su renombrada oposición a las transfusiones sanguíneas bajo el fundamento religioso. De esta manera a nivel nacional el primer fallo, tanto histórico como controversial, que encontramos sobre la materia es el caso Bahamondez. Resuelto por la C.S.J.N. el 6 de abril de 1993, se admitió la objeción a la transfusión de sangre, y desde ese momento la jurisprudencia mayoritaria comenzó a aceptarla siempre que sea presentada por una persona mayor de edad y capaz. La fundamentación basada en el respeto a las creencias religiosas y en prerrogativas según la cual es posible disponer del propio cuerpo, la propia vida, y de cuanto le es propio hace resultar obligatoria la negativa anticipada para los familiares y médicos; y merece respeto y acatamiento. Al fallar, en aquel momento, no existiendo norma que los obligue, los ministros de la Corte se basaron principalmente en el art. 19 de la C.N. Los magistrados Belluscio y Petracchi lo interpretaron comentando:

“el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”.

Y se agrega luego:

“el derecho más trascendente del médico y su obligación más esencial, es la de curar a los individuos enfermos dentro de sus posibilidades. Sin embargo, este derecho y esta obligación encuentran sus límites en el derecho del individuo a

determinar, en principio por sí mismo, acerca de su cuerpo. Constituiría una intromisión antijurídica en la libertad y la dignidad de la persona humana si un médico –aun cuando estuviese fundado en razones justificadas desde el punto de vista médico– realizare, por sí, una operación de consecuencias serias en un enfermo sin su autorización, en el caso que previamente hubiese sido posible conocer en forma oportuna la opinión de aquél. Pues, aun un enfermo en peligro de muerte, puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para rechazar una operación, aun cuando sólo por medio de ella sea posible liberarse de su dolencia”.

La necesidad de consagrar legalmente el derecho para poder decidir sobre el propio cuerpo se tornó evidente en 1998 con la necesidad de una resolución más sentida y cruda para el jurado por tratarse de un paciente que negó su consentimiento para la amputación de una extremidad inferior, lo cual implicaba dejar expandir una gangrena que podía causarle la muerte. El paciente tenía un conocimiento acabado sobre su estado de salud e igualmente rechazó la amputación. Mientas que por otra parte su hijo afirmaba que el padre carecía de discernimiento para tomar dicha decisión y pedía se le otorgue igualmente el tratamiento.

El juez se presentó en el hospital donde se encontraba el paciente para confirmar lo alegado por el hijo y concluyo que si bien era posible que el señor tenga las facultades algo disminuidas, tal disminución no era suficiente para declararlo incapaz, por lo que dictaminó a favor de la negativa del paciente.

“[...]allí donde el paciente exteriorizó reiteradamente que la amputación era contraria a la forma en que él mismo se concebía como sujeto, el parecer diferente de un juez debe resignarse, puesto que de lo contrario suplantaría o impondría al destinatario de la decisión una condición de vida que él expresamente desechó[...]”.

Ya, más en la actualidad, en el año 2005, en Mar de Plata, el Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 realizó un análisis médico y bioético que es para valorar. Conocido el fallo como el “caso M”, una mujer fue diagnosticada con una enfermedad degenerativa de las neuronas motoras del sistema nervioso central que derivó en varias

afecciones al resto del cuerpo. La señora M, en pleno uso de sus facultades mentales manifestó la voluntad inequívoca de “no someterse a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y a permanencia.” ya sea procedimientos como la gastrostomía o traqueotomía, y quedando plasmado en instrumento público ante escribano. Por otra parte, su marido promovió una acción de amparo con el fin de hacer valer la voluntad declarada por su esposa de manera anticipada, y presentó constancia notarial por donde surge que ella también decidió designarlo como mandatario para los fines de que -en su representación- arbitre todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a su voluntad. La Defensora Oficial declaró que:

“Ante la claridad de las respuestas categóricas de la paciente, su lucidez mental, madurez y seguridad en sus convicciones, considera que ‘M’ es una persona capaz de obrar y competente para decidir y por ello entiende que se debe admitir la petición judicial y respetar la declaración de voluntad que la causante hiciere en carácter de directiva anticipada, por haber sido realizada con plena capacidad para efectuar juicios razonados, con conocimiento y adecuada información de la situación y en condiciones de estabilidad emocional”.

Al mismo tiempo, dictaminó que “aceptar la directiva anticipada implica un avance en la consolidación del principio de autonomía y del derecho del paciente a rechazar tratamientos que –como en el caso– prolonguen su vida artificialmente a costa de su calidad de vida y dignidad”. En ese sentido, el Comité Ad Hoc del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata sostuvo “que las Directivas Anticipadas de la Salud constituyen un instrumento legal cada vez más necesario en el entramado médico jurídico existente hoy día, en la concreción del derecho a la libre decisión, a la calidad de vida y a la preservación de la salud como proceso integral biológico, psicológico, social e histórico...”.

Fundándose en el derecho de la autodeterminación de las personas y las conductas autorreferentes que hacen a su dignidad y el respeto a sus libertades fundamentales el fallo resultó favorable a “M”. El tribunal que intervino estableció que:

“Deberán ser respetadas a futuro las directivas anticipadas o "acto de autoprotección" instrumentadas mediante actuación notarial[...]expresamente ratificadas a través de diversas actuaciones judiciales cumplidas en estos autos, y en cuanto la Sra. M. manifiesta su oposición a intervenciones invasivas que impliquen "medios artificiales a permanencia", con especial referencia a un respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo, en el contexto de la evolución irreversible de la enfermedad que padece[...].”

Para ello se basaron en la opinión del doctor Germán Bidart Campos.

“En una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común: la intimidad y la privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad”.¹⁰

Se agregó al expediente que además el equipo médico tratante deberá brindarle “absolutamente todos los cuidados paliativos no invasivos, con miras a evitarle padecimientos y, eventualmente, acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana afectada de una enfermedad irreversible”.

En la ciudad de Rosario hubo un veredicto relevante en el año 2008, con el proceso “S.M.E. y otros” en el que intervino el Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 9na Nominación. Los padres de un menor internado en un hogar, que sufría una grave encefalopatía progresiva en estado terminal, se presentaron ante la justicia para pedir que ordenen al establecimiento médico que si el menor llegara a padecer un paro cardiorrespiratorio con motivo de su enfermedad neurológica se le realice maniobras de

¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán

resucitación básicas no cruentas, ya sea un masaje cardíaco y colocación de máscara de oxígeno, pero que no se intenten maniobras de resucitación cruentas como el electroshock, traqueotomía, intubación con ventilación endotraqueal o inyección intracardiaca. Se hizo lugar a la demanda con la previa intervención del Comité de Bioética de la facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Rosario, y se ordenó que en caso de que el menor LMS, como motivo de su enfermedad, sufriera un paro cardiorrespiratorio, se le informe a su familia y no se intenten maniobras de resucitación cruentas. Solo se le aplicarán aquellas que fueran consideradas básicas.

Por último, la más actual de las decisiones relevantes que encontramos es la del fallo de Pablo Albarracini Otonelli. Este señor había sido baleado y, anteriormente, dejó expresas directivas en donde aclaraba que era Testigo de Jehová y que no aceptaba transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto, aunque sea lo necesario para salvarle la vida. Esto generó una discordia entre la mujer de la víctima, quien pedía se respete la declaración de su marido hecha cuatro años antes, y el padre del paciente que recurría a que le realicen la transfusión.

La Cámara de Apelaciones, estando la ley 26.529 ya regulada, bajo la resolución de los Dres. Picasso y Molteni, dejó sin efecto la sentencia de grado a favor de la negativa de la directiva, y dictaminó que la voluntad de un paciente de no realizarse transfusiones de sangre por motivos religiosos, expresada en un documento aceptado por la ley, debe ser respetada, ya que es su derecho de decidir y que se encuentra regulado por el art. 11 de la Ley 26.529, donde se intenta resguardar el principio de autodeterminación y libertad de conciencia. "La dignidad humana prevalece aquí frente al perjuicio que posiblemente causa la referida ausencia de transfusión sanguínea".

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que confirmó la sentencia de Cámara y denegó la medida cautelar solicitada por el padre con el objeto de autorizar la transfusión de sangre a su hijo mayor de edad. "Los pacientes tienen derecho a hacer opciones, de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, elección que debe ser respetada".

Un aspecto peculiar del caso, y que resalta el objeto de nuestra monografía, es que el disponente había designado a "representantes para la atención médica" y fueron precisamente estos representantes los que motivaron la controversia. Ante esa alternativa, tanto la alzada como el máximo tribunal han tenido que interpretar la vigencia de las directivas y así concluyeron que "no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros".

Los fallos aquí mencionados reafirman la sospecha de que nos topamos con una figura controversial que, a pesar de que las personas hayan realizado el documento donde decretan las decisiones que tomaron sobre su propio cuerpo los casos son sometidos a judicialización porque de parte de los equipos de salud se tiene desconfianza a las demandas de mala praxis y por otro lado, sigue presente el antiguo paradigma de salvar vidas a cualquier precio sin importar la voluntad personal de los pacientes.

4. Las Directivas Médicas Anticipadas en los niños, niñas y adolescentes, soluciones aplicadas.

En lo que respecta a la autonomía de los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser oído y de que sea tenida en cuenta su opinión está proclamado en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989 en su artículo 12 y en el artículo 24 de la ley 26.061.

El nuevo sistema adecuándose a estas legislaciones, incorpora en su art. 26 la toma de decisiones a adolescentes entre los 13 y 16 años a tratamientos y procedimientos que no resulten invasivos para su vida o salud. El criterio es distinto si versa sobre procedimientos invasivos, en este caso el adolescente necesita de la asistencia de sus progenitores para otorgar su consentimiento aunque en caso de conflicto entre los mismos, el juez deberá tener en cuenta el interés superior del niño.

A partir de los 16 años se presume, establece la normativa, que es un adulto para la toma de decisiones sobre su propio cuerpo. A pesar de que, se establezca una franja etaria a los fines prácticos, el juez deberá evaluar en cada caso concreto la madurez y grado de

entendimiento suficiente del adolescente. Lo que acarrea como consecuencia la “judicialización de la salud”.

Frente a lo anteriormente expuesto, luego en el Código, nos encontramos con el art. 60 sobre las Directivas anticipadas, en el mismo es requisito para su validez que el instrumento sea redactado por una persona “plenamente capaz” lo que significa que debe ser mayor de 18 años.

Es decir, que teniendo en cuenta la redacción del nuevo cuerpo normativo, el adolescente podrá intervenir prestando su conformidad en actos actuales que tengan como fin el cuidado de su propio cuerpo pero no tendrá la posibilidad de emitir consentimientos anticipados vinculantes.

De alguna manera sostenemos que no sólo se está dejando de lado el tan ponderado principio de progresividad de la autonomía sino que también, se está coartando el consagrado “derecho de reserva” que protege la esfera de privacidad de la persona plasmado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

A propósito de todo lo expuesto es que reforzamos fervorosamente la idea de que, a la figura de las Directivas Médicas Anticipadas habrá que darle un toque de “argentinidad” para que no se trate solamente de un documento repleto de formalidades que en ningún sentido se condice con las necesidades actuales.

En efecto, es oportuno nombrar la actividad que se lleva adelante en el Hospital Garrahan comentada por la Dra. Susana Ciruzzi, en donde las Directivas se aplican y varían en cada caso concreto en niños y adolescentes que sufren enfermedades terminales. Utilizando la diferenciación entre capacidad jurídica y competencia bioética para sortear el límite que establece la normativa en cuanto a la mayoría de edad para su confección. La Dra. elabora un concepto de Competencia bioética y sostiene que el mismo se desarrolla en el área del ejercicio de los derechos personalísimos y supone detentar la capacidad necesaria para hacer efectivo el derecho personalísimo a la salud y a la vida. No es alcanzada en un momento determinado sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez. Bajo esta expresión, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances

de su comprensión, si puede comunicarse y razonar sobre las alternativas que se le presentan, si tiene valores para poder emitir un juicio¹¹.

Realizan en el Hospital la redacción de las directivas a través de un proceso en el cual hay que superar distintas etapas para lograr una resolución conjunta. Primero se realiza una deliberación y negociación entre médicos-padres e hijo sobre el mejor tratamiento. Luego, se toma una decisión en conjunto, como tercera etapa se dicta una resolución extrajudicial de las disputas que pueden surgir y si es necesario se solicita la intervención del Comité de Ética. Como último recurso, excepcional se solicita la intervención judicial, porque como sabemos estas problemáticas son de carácter urgente y no se cuenta con el tiempo que necesita la justicia para resolver.

Es un proceso que varía de caso en caso, se escucha al niño que está atravesando el tratamiento de una enfermedad terminal y los deseos que tiene respecto de quien quiere que lo cuide, si quiere continuar internado, a quien le quiere dejar sus juguetes y cualquier anhelo que él tenga. Es un trabajo interdisciplinario donde intervienen profesionales de distintas áreas que se enfocan en el niño y también se intenta preparar a los padres para la situación que deberán atravesar.

Por un último, se suscribe el documento estableciendo todo lo acordado por las 3 partes y se le entrega una copia al niño para que pueda presentarlo si debe ser internado en otro hospital.

Éste es un procedimiento que representa y que fue adaptado a la realidad que se experimenta día a día en dicho nosocomio. Es una solución y además una superación al límite que pone la norma, la cual muchas veces no permite superar estas problemáticas.

En cambio, en la ciudad de Rosario, la Secretaria de Salud Publica incorpora de manera innovadora el servicio de internación domiciliaria. Así nos cuenta la Mg. En trabajo social Maricel Andreatta quien forma parte del equipo interdisciplinario que interviene en dichas prácticas.

¹¹ CIRUZZI, Maria Susana “El proceso de toma de decisiones medicas en pediatría: el rol del paciente” UNESCO <http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/templates/shs/archivos/TrabajosLibres-Bioetica/25.%20El%20Proceso%20de%20toma%20de%20decisiones.pdf>. 25/08/2017.

Mediante la entrevista tomamos conocimiento de que en la ciudad de Rosario al igual que en el Hospital Pediátrico Garrahan logran adecuar de manera diferente la figura de las Directivas Medicas mutándolas en un proceso alejado de las formalidades jurídicas y enfocándose en las necesidades de los niños y su familia.

Nos aclara Maricel que no se trabaja explícitamente con las Directivas Anticipadas si no que en un primer momento se hacía un documento firmado por los padres de los pacientes y equipos tratantes denominado “Limitación del tratamiento” era una herramienta que implicaba que por ejemplo ante una descompensación del niño si debía ingresar a la guardia no se le iban a realizar medidas invasivas.

Actualmente, el equipo de cuidados paliativos lleva adelante lo que se llama “Adecuación proporcional del tratamiento” que consiste en adecuar el procedimiento médico en base a la enfermedad del niño, es un acompañamiento que se le da a la familia, basado en la aceptación de que ya no tienen efectividad los tratamientos curativos debido al estado avanzado de la enfermedad. En esta instancia ya no es necesaria la firma de un documento si no que los padres terminan asintiendo después de atravesar la situación que implican dichas enfermedades en pro del beneficio de sus hijos.

Como anticipábamos se trata de un proceso que se inicia en el Hospital de alta complejidad en casos de niños, niñas y adolescentes con patologías crónicas evolutivas, esto quiere decir, enfermedades terminales. Luego de ser evaluado el caso concreto por un equipo de diferentes especialistas, se traslada al paciente al servicio de cuidados paliativos, allí no se realizan más tratamientos invasivos si no que sólo se le da confort para evitar el dolor y acompañamiento para el final de la vida.

En esta fase del procedimiento es pionera, según nos relata la trabajadora social, la provincia de Santa Fe, que brinda en la ley de Cuidados Paliativos¹² su definición y los objetivos de los mismos:

“Cuidados Paliativos. Se denomina cuidados paliativos a la asistencia integral de pacientes con enfermedades crónicas, evolutivas, irreversibles, limitantes para la vida, que no tienen respuesta a los tratamientos curativos, siendo el objetivo principal

¹² <https://www.santafe.gov.ar/boletinoficial/recursos/boletines/05-01-2011ley13166.htm>

conseguir la mejor calidad de vida posible para los pacientes y sus familias.” Con posterioridad, el especialista que lleva adelante la atención del paciente es en quien recae la decisión final para determinar la internación domiciliaria del niño, allí comienza a intervenir el equipo interdisciplinario realizando visitas periódicas al hogar del mismo distintos profesionales según el caso específico convirtiéndose esto en una práctica totalmente original teniendo en cuenta que es un servicio gratuito ofrecido por el Estado Provincial logrando el acceso de los sectores sociales y culturales más vulnerables.

Como conclusión, la Mg. Andreatta resalta la importancia de la normativa santafesina de Cuidados Paliativos y la necesidad de la aplicación de este servicio a nivel nacional, ya que opina que las distintas leyes como la Ley de Muerte Digna, la de Derechos del Paciente y el instituto de las Directivas Anticipadas se verían resumidas por esta. Debido a que el objetivo primordial de la Ley de Cuidados Paliativos es centrarse en el confort del paciente y brindar acompañamiento a éste pero también a su grupo familiar. Para decidir conjuntamente el no sometimiento a un innecesario y prolongado tratamiento, evitando el encarnizamiento terapéutico sujetando la vida con aparatos mecánicos y sin aceptar los ciclos biológicos de las enfermedades que son las que en definitiva le ponen el límite a la vida.

5. Conclusión.

En pocas palabras tanto las directivas medicas anticipadas, que pueden realizar los mayores de 18 años, como la practica incluida dentro de la ley de cuidados paliativos de la provincia de Santa Fe, en los menores de edad, nos parecen medidas muy innovadoras que intervienen y acompañan durante la toma de decisión acerca de cómo confrontar el proceso que lleva al final de la vida, por causas de enfermedades crónicas terminales.

Como opiniones personales acerca de estos institutos, a todo lo que respecta e incluye a los niños, niñas y adolescentes en el ámbito del derecho de disposición sobre su propio cuerpo y en particular, a las cuestiones atinentes a su salud, remarcamos que a pesar del cambio de paradigma establecido en las normativas donde se pasa de la figura del niño como «objeto» de tutela al niño «sujeto» de derechos y participe de las decisiones relativas a su vida, y que por sobre todo, no conceptualizan a los niños desde sus carencias o por lo que le falta de madurez si no desde sus posibilidades y en base a la idea de capacidad

bioética que es construida en cada caso concreto a medida que se va transitando la enfermedad y los distintos tratamientos., aun así, la realidad cotidiana vivida en los nosocomios es muy distinta a la ideada en las normas, debido a las injerencias moralista que influyen en nuestra sociedad, y que finalmente, terminan coartando la capacidad progresiva de los niños en la toma de decisiones.

En la entrevista con la Mg. Andreatta reafirmamos este parecer, cuando ella expresaba que muchas personas cuestionan a los padres que deciden terminar con los sufrimientos de los hijos a causa de estas enfermedades irreversibles, mediante los cuidados paliativos o el servicio de internación domiciliaria, no teniendo en cuenta que dichas elecciones podrían haber sido tomadas por los mismos niños o adolescentes o en conjunto con ellos, lo que deja entrever que no tiene relevancia en la sociedad la opinión de los menores y su derecho a ser oídos en estas cuestiones referentes a su vida y lo que es más importante a decidir sobre el final de la misma.

Creemos que en una comunidad como la nuestra donde asimilar la muerte es todavía un tabú por los miedos que implica, es difícil asentir una decisión de tal magnitud en especial con los más pequeños, vulnerando así, quizás, sus derechos elementales reconocidos en nuestra carta magna.

Por lo cual debemos pregonar constantemente que los niños, niñas y adolescentes sean partícipes activos en todo lo que respecta a su esfera vital en función de su grado de madurez abandonando así la rígida concepción limitante de las normativas vigentes.

BIBLIOGRAFIA

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas filosófico-jurídicas de la salud”, (Rosario, 1999). En “Cartapacio, Bioética y Bioderecho”. Vol.4.

FERRARI, M. Laura; GUZ, Miriam; MASSARO, Laura; *et al.*, “Directivas anticipadas: un progreso legislativo”. En Revista “Pensar en Derecho”. (Universidad de Buenos Aires, diciembre de 2013). N° III. Año 2.

GUARIGLIA, Osvaldo, “Identidad, autonomía y concepciones de la buena vida”. Isegoría/20, 1999.

LUNA, Florencia y SALLES, Arleen, Bioética. Investigación, muerte, procreación y otras cuestiones, traduc. Horacio Pons y Alberto Gioia, (Buenos Aires,1998) Editorial Sudamericana. Pg. 108-176.

NAWOJCZYK, Erika, “Consideraciones axiológicas en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales de la salud (ley 26.529)”, Microjuris, 2010.

REYES, Romina. “La regulación de las directivas médicas anticipadas en el ordenamiento jurídico argentino”. En “Revista de Derecho Privado” (Buenos Aires. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, 2014). Infojus. Año III. N° 9.

SALLES, Arleen L., “Autonomía y Cultura: el caso de Latinoamérica”. En Perspectivas Bioéticas, Editorial Gedisa. (Argentina, 2001). Vol. 6 (12).

TOBIÁS, José, “Las directivas anticipadas”. En DFyP. Julio 2016. Año VIII. N° 6 Thomson Reuters.

Infoleg

http://www.derecho.uba.ar/extension/dma_msa_rdr.pdf

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/08/02/acerca-de-las-directivas-medicas-anticipadas-en-la-legislacion-nacional-argentina-2/>

http://www2.jufejus.org.ar/www.jufejus.org.ar/images/doc/ACTIVIDADES/Etica%20Judicial/Roslin_Muerte_Digna_-_Primer_premio.pdf

<http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/directivas-anticipadas>

<http://cij.gov.ar/nota-16952-La-Corte-Suprema-reconoci--el-derecho-de-todo-paciente-a-decidir-su-muerte-digna.html>

**«Orígenes, características y
críticas al Neoconstitucionalismo
a partir del constitucionalismo
transformador sudamericano»**

Alumno: Federico Chiavazza

Director: Solange Delannoy

Durante el año 2017, a partir de la Beca estímulo de la secretaria de ciencia y técnica de la Facultad de Derecho, me dedique a profundizar los estudios sobre pensamiento jurídico decolonial, nuevo constitucionalismo latinoamericano y filosofía de la liberación.

En cuanto al cumplimiento de plan de trabajo, note que los temas escogidos tienen poco desarrollo teórico y práctico en nuestra Casa de Estudios, lo que dificulta su estudio sistemático y orgánico. El acceso a lecturas es, en cierta medida, encriptado y esto perjudica el progreso en la recolección de datos al momento de investigar y estudiar.

A partir del año 2017, observe como la teoría constitucionalista se encuentra empantanada en los discursos líquidos del neoconstitucionalismo sin tener espacios contra hegemónicos a esa teoría, que produzcan un dialogo dialéctico que permita la construcción de nuevas síntesis.

El neoconstitucionalismo pretende ser el punto final de debate en el derecho, en tanto opera como una superación en el clásico debate entre iusnaturalismo/iuspositivismo. A partir de profundizar sus lecturas encontré en sus autores animosidad a pensar las practicas jurídicas desde una realidad latinoamericana y argentina. Según los defensores de esa teoría, los problemas de adecuación entre los principios y derechos constitucionales y la realidad regional, se deben a la falta de cultura cívica de nuestros pueblos o la corrupción de la clase política, anulando estos argumentos cualquier tipo de profundización teórica desde el derecho para intentar cerrar la brecha entre realidad constitucional y realidad efectiva.

Es por esto que para pensar el nuevo constitucionalismo latinoamericano y las prácticas jurídicas regionales es necesario buscar marcos teóricos por fuera de las bibliografías clásicas de nuestros planes de estudios.

La principal bibliografía consultada fue:

“Otros Nomos, teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano” Medici Alejandro
“El Derecho Latinoamericano en la fase superior del colonialismo” Zaffaroni Raúl
Eungeio

“Contra una cultura anestesiada en Derechos Humanos” Sanchez Rubios David

“Iusnaturalismo Histórico Analógico” De La Torre Rangel, Jesús Antonio

Lo más importante para destacar es que, a partir de la Beca, realice un escrito acerca del nuevo constitucionalismo latinoamericano que logre exponerlo en *1 Encuentro filosófico, en el marco de la diplomatura en Filosofía de la Liberación* organizado por la Secretaría de Extensión de la Facultad de Humanidades y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Jujuy, del 22 al 24 de Mayo de 2017. Tema del trabajo: *“Orígenes características y críticas al Neoconstitucionalismo a partir del constitucionalismo transformador sudamericano”*.

A su vez, en el marco de la entrega del Doctor Honoris Causa por parte de la Universidad Nacional de Rosario, organizamos junto a la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano una conferencia del Dr. Enrique Dussel que conto con la presencia de más de 300 personas.

También en mayo de 2017 fui seleccionado como Estudiante Beneficiario del Programa AVE (Ayuda Viaje al Exterior) de la Universidad Nacional de Rosario para realizar una estadía académica de tres meses en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, España. Esta instancia de intercambio se posibilito a partir de entrar en contacto con el Dr. David Sánchez Rubio, quien es una referencia en la temática escogida para investigar.

Por último, y también junto a la Cátedra, organizamos un Seminario Internacional el 17 y 27 de noviembre, con la presencia de Celene Madriz y Nancy Rivero de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y el Dr. Lucas Machado, profesor de la Universidad do Extremo Sul Catarinense de Brasil.

Cabe destacar que al curso de metodología para la investigación organizado por la secretaria de ciencia y técnica no pude asistir en virtud de que el mismo se desarrollaba en el horario donde me encontraba trabajando.

A continuación, dejo el trabajo presentando finalizado acerca del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

América latina es un territorio en disputa. No solo desde el plano ocupacional/geopolítico sino también desde lo epistemológico e ideológico. A partir de la edad moderna comenzó un proceso de innovación industrial que generó una modificación de las concepciones del hombre, el Estado y la religión. Para que esto pudiera ser posible, fue necesaria la colonización europea al *resto del mundo*, que colocó al *viejo continente* en un lugar de centralidad con pretensión universalista.

A comienzos del presente siglo surgieron en nuestra región, como expresión posterior al neoliberalismo, gobiernos populistas en América Latina. Algunos de esos procesos, incurrieron en la tarea de darse nuevos procesos constituyentes para sellar un nuevo pacto social. Ecuador (2008) y Bolivia (2009) fueron naciones que modificaron sustancialmente sus constituciones, incursionando en lo que algunos autores llaman el nuevo constitucionalismo social latinoamericano.

Estas nuevas constituciones, contienen elementos que las caracterizan y las diferencian del derecho constitucional clásico/norteamericano. Ya desde el preámbulo, por ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador, señala: *“Nosotros y nosotras, el pueblo soberano del Ecuador (...) decimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el sumak kawsay, el buen vivir.”* La incorporación de conceptos originarios andinos en el texto constitucional es una novedad que modifica el esquema clásico de valores occidentales. También la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia crea un tribunal constitucional con legitimidad popular (es decir jueces elegidos en forma directa por el pueblo) que será el encargado de interpretar en el caso concreto la norma suprema.

A partir de este trabajo lo que pretendemos plantear es que a partir de las nuevas constituciones latinoamericanas es necesario (re)pensar una nueva teoría constitucional. Este intento no pretende ser el último ladrillo de una construcción, si no que busca comenzar con los primeros cimientos para un nuevo discurso constitucional.

A lo largo de la monografía estudiaremos las diferentes etapas del constitucionalismo para comprender la ruptura que significa al actual modelo hegemónico constitucional las nuevas leyes fundamentales de Ecuador y Bolivia. Luego profundizaremos, desde la filosofía del derecho, el origen e impacto en la teoría general del constitucionalismo que impulsan estas nuevas constituciones. Por último tomaremos como objetos de estudio los preámbulos y la nueva concepción de la naturaleza que impregna el constitucionalismo ecuatoriano boliviano como elementos que nos sirvan para demostrar el cambio de paradigma.

CAPÍTULO 1

MODELOS CONSTITUCIONALES

Sumario: 1. Concepto de constitución. 2. Constitucionalismo liberal. 3. Constitucionalismo Social. 4. Neoconstitucionalismo.

1. Concepto de constitución: La voz “constitución” proviene de la expresión latina *cum-statuire* (“junto estatuir”), por lo que etimológicamente significa: *con* una pluralidad de individuos, *instituir* algo. Constitución, pues, es el modo de ser que adopta una comunidad política en el acto de crearse, de recrearse o de reformarse.

La definición que encontramos en la filosofía política antigua se da en Aristóteles en un párrafo de la *Política*, donde el discípulo de Platón nos enseña:

“La Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante en la comunidad política y de cuál es el fin asignado a la comunidad política por ese sector dominante”.¹

Este concepto aristotélico de Constitución, restaurado por Ferdinand Lassalle² en el siglo XIX, nos interesa porque demuestra la conexión evidente entre moral, política y derecho; por ende, la politicidad del derecho.

A su vez constitucionalistas destacados como Juan Casiello han advertido que resuelta inseparable el vínculo entre el Derecho Constitucional y la política. Incluso el autor rosarino en su definición del Derecho Constitucional señala:

“Es la rama del Derecho Político que inspirándose en los principios consagrados por éste, determina concretamente cuáles son los fines del Estado con relación a la persona, y para su logro, estructura la

¹ ARISTÓTELES, citado por SAMPAY Arturo, en *La Constitución Democrática*, 1º edición, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pág. 46.

² LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, 1º edición Ed. Panamericana, Bogotá, 2014, págs. 7 y 15.

organización de aquél: su gobierno, los poderes que lo componen y las relaciones de éstos entre sí y con los individuos sometidos a su autoridad”³.

Como podemos observar en esta conceptualización, la constitución es una expresión jurídica de una concepción del hombre, la sociedad y el Estado que varía según la comunidad política que se trate.

Arturo Sampay explicitaba la existencia de distintas Constituciones dentro de una comunidad política:

A. Constitución primigenia: impuesta por condiciones geográficas, idiosincrasia de la población y cultura tradicional.

B. Constitución real: está compuesta por la clase social dominante, por las estructuras de poder mediante las cuales esta clase ejerce el predominio, el fin que persiguen tales estructuras de poder.

C. Constitución escrita/jurídica: es un código superlegal, sancionado por la clase social dominante, que instituye los órganos de gobierno, regla el procedimiento para designar a los titulares de esos órganos, coordina la función de los mismos con miras a realizar el fin fijado por la Constitución y prescribe los derechos y las obligaciones de los miembros de la comunidad.⁴

Con lo que aquí expresado se intenta dejar en claro que cuando se estudia el fenómeno constitucional se analizan elementos que superan lo estrictamente normativo. Entendemos que la noción que se debe tener por Constitución es la del fenómeno de un proyecto político institucionalizado.

Por último, sostenemos que existe en el plano académico y doctrinario una suerte de *fetichismo constitucional*, donde se coloca a la carta magna en un estamento cuasi sagrado, no sujeto a modificaciones o interpretaciones críticas. Esto se manifiesta, por ejemplo, en el cursado de las materias constitucionales en nuestra carrera donde el estudio del fenómeno constitucional se reduce a un método dogmático-positivista que conduce sin lugar a dudas a un acercamiento a-crítico de la cuestión constitucional. Por

³ CASIELLO, Juan, *Derecho Constitucional Argentino*, 1º edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1954, pág. 28.

⁴ SAMPAY, Arturo, Ob. Cit., págs. 60 y sigs.

el contrario, entendemos que el estudio del Derecho Constitucional responde a variantes históricas, sociales y culturales que le impregnan un núcleo de sentidos filosóficos que deben ser la puerta de ingreso a los análisis críticos. Hacemos nuestras las palabras de Carlos Astrada:

“Todas las formas de la cultura, decantadas por la afluencia vital, todo los productos del arte, de la ciencia, de la filosofía, de la convivencia social, de las ordenaciones jurídicas, políticas, las instituciones y las Constituciones, están sujetas a este movimiento bidimensional de la vida, destinadas por tanto a caducar y rehacerse constantemente, a reformar, a vivificarse, adoptando nuevas exteriorizaciones y estructuraciones”⁵.

2. Constitucionalismo liberal. Aclaremos que escapa al presente trabajo realizar un exhaustivo análisis histórico y cultural de los orígenes y desarrollo del fenómeno constitucional desde su nacimiento hasta la actualidad. Nuestro objetivo es reconocer características y diferencias entre las distintas etapas del constitucionalismo, para comprender que el fenómeno constitucional se encuentra sujeto a modificaciones e interpretaciones históricas y que a partir de las clasificaciones históricas nos desprendamos de aquellas visiones del derecho que nos encuadran la cuestión jurídica a análisis meramente lógico/normativo⁶.

El impulso originario del constitucionalismo se da en el marco de la segunda mitad del siglo XVIII, donde a partir de la acumulación originaria de capital por parte de las potencias colonialistas se lleva a cabo una conquista científica de las energías contenidas en la naturaleza, que revela a la energía muscular de los hombres. Este proceso se lo denomina “revolución industrial”, y tiene como clase revolucionaria a los propietarios de las nuevas maquinarias de producción.

Los nuevos medios de producción, junto la clase revolucionaria e intelectuales afines a las ideas del Iluminismo generaron el ambiente necesario para que en las últimas tres décadas del siglo XVIII en los Estados Unidos y Francia, y en los primeros

⁵ ASTRADA, Carlos, *Fetichismo constitucional*, en FARA, Luis y GERBER, Santiago (compiladores) en *1949 una constitución para la patria justa, libre y soberana*, Ed. Piloto de Tormenta, Buenos Aires, 2013, pág. 34.

⁶ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Introducción al Derecho*, 1º edición, Ed. JURIS, Rosario, 1995, págs. 93 a 103

lustros del siglo XIX en América del Sur, comenzarán a aparecer las Constituciones escritas, como nuevo cuerpo jurídico ordenador de los novedosos regímenes políticos que ponían en crisis el modelo monárquico-absolutista hasta entonces conocido.

Las fuentes de esta nueva etapa jurídica/histórica son; por un lado la Convención de Filadelfia en 1787 y por otro la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en Agosto de 1789 en el marco de la revolución. Ambas tuvieron como fundamento filosófico el contractualismo de John Locke y el divisionismo de Montesquieu en cuanto a la organización del poder, entre otros.

No obstante, como señala Sara Patricia Alvear Peña es importante destacar que si bien ambos constitucionalismo tienen similitudes de base, cabe destacar ciertas diferencias en cuanto a su conformación. En ese sentido, hacemos nuestras las palabras de Enrique Pietro Sanchís:

“Para el pueblo francés, la realidad primaria y originaria – el poder constituyente- viene dada por los revolucionarios franceses que, con una unidad política denominada pueblo o nación, querían cambiar las estructuras del modelo absolutista en la que vivían; mientras que los revolucionarios americanos necesitaban consolidar un conjunto inviolable de reglas, denominado Constitución, que les permitiera consolidar el proceso de vida que habían optado, siendo su único oponente la Corona inglesa, presente pero distante.”⁷

Es entonces evidente que dado el momento histórico, el esquema del derecho natural y del contrato social era la mejor explicación y justificación del nuevo constitucionalismo.

A partir de lo dicho, podemos determinar que principios de este constitucionalismo clásico son la consagración de los derechos individuales, la separación o división de poderes, el concepto de que la soberanía radica en el pueblo, el

⁷ PIETRO SANCHIS, Enrique en http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacfl40234-alvear_pena-apuntes_derecho_constitucional_realidades.htm (consultado el 30/09/2015).

gobierno representativo, el sufragio restringido y el doble principio de legalidad y de constitucionalidad de las leyes.

3. Constitucionalismo Social: Como bien se señaló arriba, la clase social revolucionaria que construyó estas constituciones escritas pronto dejó de representar a todos los sectores oprimidos por los regímenes absolutistas y se fue convirtiendo en un sector social dominante de la constitución real.⁸

Las constituciones decimonónicas de Latinoamérica fueron dictadas por burguesías liberales, compuestas por comerciantes e intelectuales que en el ejercicio de las libertades económicas veían, los primeros, el medio para incrementar sus negocios, y los segundos, el medio para promover el progreso social.

O sea, consideran que la región con dichas constituciones desarrollaría una producción moderna al incorporarse de lleno al tráfico del capitalismo europeo, a partir de esta etapa de la historia económica mundial de liberación del comercio, hasta entonces desconocida.

Este proceso de inserción regional en el mundo moderno/capitalista a partir de la producción y exportación de materias primas y la importación de manufacturas generaron una transformación en las sociedades, que de vivir dentro de una filosofía de un Estado Absoluto pasaron a un individuo absoluto. Es decir, que la retórica emancipadora del liberalismo pronto se consolidó como un nuevo esquema de dominación sobre los sectores populares, que al no ser propietarios no gozaban de los derechos consagrados por esas constituciones oligárquicas⁹.

La ciudadanía real se negaba a casi toda la población hasta que a partir del estallido de la Revolución Mexicana en 1910 comenzaron a caer las repúblicas oligárquicas. Estos procesos se llevaron a cabo mediante movimiento políticos pluriclasistas que buscaban la ampliación de la ciudadanía material mediante la expansión de derechos. La manera de contener ese movimiento plural contradictorio (obreros, intelectuales, partidos políticos de izquierda, comerciantes e industriales

⁸ SAMPAY, Arturo, ob. cit., pág. 60.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estudio Preliminar en Constitución de la Nación Argentina 1949*, 1° edición, Ed. a cargo de la Dirección de Prensa y Comunicación del Archivo Nacional de la Memoria, Buenos Aires, 2009, pág. 33.

pequeños y medianos, indígenas, sectores eclesiásticos, etcétera) fue mediante el alto grado de cohesión generado por el afecto popular que se tenía sobre los líderes de estos cambios. Estos procesos de ampliación de ciudadanía son el varguismo brasilero, el yrigoyenismo y peronismo argentino, el aprismo peruano, etcétera.

Estos sucesos en nuestra región se vieron concatenados en Europa occidental con la conmoción provocada por la primera guerra mundial de 1914, que obligaron a los Estados a la adopción de medidas tendientes a incrementar la producción de materiales esenciales, alimentos, etcétera. También en Europa oriental sucedió en 1917 la revolución rusa, que encabezada por campesinos eliminó la monarquía de los zares y puso como eje reivindicativo de su lucha los derechos colectivos y/o sociales. A su vez, en los Estados Unidos a partir de la década del 30 del siglo pasado comienza a desarrollarse, con la llegada del demócrata Franklin Roosevelt en 1932, una nueva ideología del Estado denominada *new deal* (nuevo trato) que otorgó nuevas dimensiones en el plano económico a la acción del Estado, interviniendo este en áreas estratégicas y de fomento de consumo interno para el crecimiento económico.

A partir de este contexto regional e internacional señalado, y retomando lo señalado por Zaffaroni en cuanto a que toda ley es producto de un momento y la dinámica del derecho es siempre política y cultural¹⁰, en el plano constitucionalismo se dio una fuerte renovación de sus filosofías y estatutos en virtud del nuevo panorama. Es evidente que las injusticias manifiestas del sistema capitalista y la crisis del estado liberal-burgués, dieron nacimiento al constitucionalismo social.

En Europa esta nueva etapa constitucional se da en el año 1919 con la Constitución del Estado de Weimar, en Hungría en el mismo año, Rumania en 1923 y en Estados que surgen de la posguerra: Checoslovaquia en 1920, Estonia en el mismo año, Letonia y Lituania en 1922, Irlanda también en 1922, etcétera.¹¹

En nuestra región, como constituciones sociales se dan las de México en 1917, Brasil en 1933 y la Argentina en 1949.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 32.

¹¹ CASIELLO, Juan, *Ob. Cit.*, pág. 73.

Así el constitucionalismo social se desarrolla con gran expansión y sin negar los derechos individuales de la persona humana, consagra con transcendencia los derechos sociales.

En los procesos populares de la región latinoamericana se daba la característica de que los gobiernos pretendían, mediante el nuevo constitucionalismo, legitimar su obra de ampliación de derechos colectivos y buscar limitar las acciones de los sectores dominantes de la constitución real.

El constitucionalismo social plasmó en sus textos la consagración de derechos colectivos tales como; Derechos de los trabajadores, de la familia, de la ancianidad, de la educación y la cultura, etcétera.

También esta nueva etapa histórica del constitucionalismo erigió al Estado como un nuevo ente interventor y planificador de la economía, en virtud del fracaso del liberalismo económico de desarrollar un plan en beneficio de las mayorías populares. Es por esta concepción, que la Constitución de Argentina de 1949 en su artículo 40 decía:

“(…) Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias.

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine (…)”

Es evidente como en este artículo encontramos esta nueva ideología del Estado desde el punto de vista económico. Ya no serán los poderes facticos de la constitución real quienes dirigen el desarrollo económico, sino que esa misión le será encargada al Estado para que este lleve a cabo un procesos de ampliación de ciudadanía real.

Por último, entendemos que las palabras de Arturo Sampay justificando la reforma de 1949 valen para comprender cual eran las misiones y características del constitucionalismo social:

“Hacer efectivo el gobierno de los sectores populares, a liberar al país del imperialismo, estatizando el manejo de los recursos financieros, de los recursos naturales y de los principales bienes de producción, con la finalidad de ordenarlos planificadamente para conseguir un desarrollo autónomo y armónico de la economía que conceda el bienestar moderno a todos y cada uno de los miembro de la comunidad.”¹²

4. Neoconstitucionalismo: Se ha impuesto el uso de este término recientemente para dar cuenta del hecho, compartido por filósofos del derecho y doctrinarios de Derecho Constitucional, que significo las modificaciones producidas en las últimas décadas sobre el modelo de constitución que adoptaron los Estado europeos y latinoamericanos.

En el ámbito del desarrollo de la práctica constitucional de las últimas décadas, no cabe duda que los antecedentes del neoconstitucionalismo tienen que ver con la reconexión entre derechos y moral operada en torno a la crisis de la segunda guerra mundial y la posterior consolidación del constitucionalismo democrático europeo de posguerra. A su vez, esta corriente constitucionalista se desarrolló en América Latina durante la década del ‘80 y ‘90, en el marco de los nuevos procesos democráticos o de recuperación de libertades luego de las dictaduras militares latinoamericanistas.

Se trata de constituciones que, en el contexto internacional del debilitamiento del Este Socialista y el apogeo de las ideas neoliberales, no se limita a establecer límites o competencias entre poderes sino que contienen altos nivel de normas materiales y sustantivas que condicionan la actuación del Estado.

Como hitos fundamentales de esa reconexión entre derecho y moral operada dentro de los nuevos textos constitucionales europeos de posguerra, aparecen Herman

¹² SAMPAY, Arturo, *Constitución y Pueblo*, 1 edición, Ed. Docencia, Buenos Aires, Argentina, 2011, pág. 121.

Héller y Gustavo Radbruch¹³. El primero establece la necesaria incorporación de principios jurídicos fundamentales en la constitución para “establecer, de una vez para siempre, el contenido, históricamente cambiante a la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementarías a las jurídicas”¹⁴. Por su parte, Radbruch va a sostener que: “el derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural”¹⁵. Nótese que en ambas citas los autores europeos, asonados por los crímenes contra la humanidad de la II guerra mundial, establecen puntos de conexión entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo justamente en la constitución del Estado.

Es decir que a partir de estas reflexiones, se impugnará el positivismo jurídico acrítico estableciendo que la conexión con la moral en el sistema jurídico se dará a partir de una ley fundamental, que no solo organizará al Estado sino que asumirá un papel de juez respecto del resto de las normas jurídicas emanadas del campo legislativo, administrativo, judicial o ejecutivo que estarán obligadas a pasar el umbral de validez constitucional regulado por principios internacionales de derechos humanos.

En la etapa neoconstitucionalista se alienta la positivización de un catálogo de derechos fundamentales y garantías en el nivel constitucional. La máxima jerarquía normativa de los derechos es una de sus mayores garantías a la hora de juzgar la validez de las normas inferiores y la incorporación en el nivel constitucional de instrumentos de derechos universal y regional de derechos humanos.

Otra de las características de esta etapa constitucional es el rechazo al formalismo interpretativo, aquel que entiende que no cabe hacer interpretación más allá de la verificación del cumplimiento procedimental de la sanción de la norma es rechazado por el neoconstitucionalismo. Por el contrario, las normas jurídicas serán observadas mediante un test de constitucionalidad conformado por normas materiales y principios internacionales. Señala Medici:

“De forma tal que, de la interpretación concebida como una mera fórmula de determinación textual proveniente de una voluntad unívoca y homogénea (la soberanía del legislador), se pasa a la interpretación como

¹³ MEDICI, Alejandro, *Derecho Político actual. Temas y problemas, Volumen 2*, 1 edición, Ed. Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, Argentina, 2012, pág. 134.

¹⁴ HERMMAN, Heller, citado por Medici Alejandro, *Ibidem.*, pág. 135.

¹⁵ RADBRUCH, Gustavo, citado por Medici Alejandro, *Ibidem.*, pág. 136.

una combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho.”¹⁶

En este fuerte activismo que se le otorga a la actividad de los jueces a la hora de interpretar y aplicar la constitución entendemos que falta una reelaboración teórica desde América Latina en virtud de que es en nuestra región, a diferente de Europa, el poder judicial es un estamento contramayoritario.

Ejemplos representativos de este tipo de constituciones en Europa son la italiana de 1947, la de Alemania de 1949, la portuguesa de 1976 y la española de 1978. Y nuestra región Nicaragua en 1987, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993 y Argentina en 1994¹⁷.

Es evidente que el neoconstitucionalismo otorga herramientas prácticas de ciudadanía y activismo jurídico para intentar cerrar la brecha entre proyecto constitucional y realidad social desigual. No obstante, desde una realidad latinoamericana observamos que el paradigma propuesto evidencia una declaración simbólica de derechos que en la práctica no logran eficacia. A partir de esta situación fáctica y en contrario a lo sostenido por el discurso de otros autores¹⁸, sostenemos que las respuestas la globalización se realizará a partir de construcciones epistemológicas propias y surgidas de nuestra realidad periférica. Caso contrario, caemos en el actual problema del constitucionalismo semántico, es decir, aquel que acciona en el campo declarativo del derechos desechando como tarea propia la búsqueda de la realización de los mismos.

¹⁶ MEDICI, Alejandro, *Ibidem*, pág. 140.

¹⁷ GARGARELLA, Roberto, *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina* en GARAVITO RODRÍGUEZ, César (coordinador), en *el derecho en América Latina*, Ed. siglo veintiuno, Buenos Aires, 2012, pág. 89.

¹⁸ NINO, Carlos, *Derecho, moral y política*, 3º edición, Ed. siglo veintiuno, Buenos Aires, Argentina, 2014, págs. 31 y sigs.

CAPITULO 2

NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Sumario: 1. Epistemología del Sur 2. Refundación del Estado desde el paradigma de la Plurinacionalidad. 3. Características principales del Constitucionalismo Latinoamericano. 3.1 Plurinacionalidad. 3.2 Autonomía aritmética. 3.3. Pluralismo jurídico. 3.4. Democracia intercultural. 3.5 Nuevos sujetos de derecho.

1. Epistemología del Sur. Antes de adentrarnos en los lineamientos generales de este nuevo tipo de constitucionalismo, queremos evidenciar la base antropológica/filosófica que conlleva este nuevo paradigma. Este novedoso enfoque va a venir de la mano de lo que Boaventura de Sousa Santos llama la nueva Epistemología del Sur.

La idea que conlleva a que surja un nuevo paradigma constitucional es la de crear una nueva teoría emancipadora distante de la ciencia moderna occidental. Ya que esta última se desvirtúa del contexto socio político que vive América Latina.

Sousa Santos va a establecer que en occidente hay un contexto epistemológico en crisis. Que las ciencias modernas occidentales opacan el contexto sociopolítico de América Latina. Este va decir que hay una ‘relación fantasmal’ entre la teoría y la práctica¹⁹, ya que las instituciones políticas y jurídicas importadas de Europa discrepa de la realidad latinoamericana, debido a que:

“(…) las luchas más avanzadas en este continente han sido protagonizadas por grupos sociales (indígenas, campesinos, mujeres, afrodescendientes, piqueteros, desempleados) cuya presencia en la historia no fue prevista por la teoría crítica eurocéntrica.²⁰”

¹⁹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Critica de la razón indolente*, Ed. Descleé de Brouwer, Bilbao, España, 2003, pág. 62.

²⁰ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, Ed. Programa Democracia y transformación global, Lima, Perú, 2010, pág. 31.

A través de este contexto Santos establece que este nuevo tipo de epistemologías va a surgir a través de una combinación de las sociologías de las ausencias y las sociologías de las emergencias²¹. Estas lo que va a permitir es tomar distancia con relación a las versiones dominantes de la modernidad²². El autor portugués va a entender que las sociologías de las emergencias constituyen investigaciones de alternativas. Pero, ¿alternativas a qué? Entiende que son posibilidades a la ciencia moderna científica eurocentrica colonizadora, que no permite ampliar el conocimiento de otras culturas en el universo. Este horizonte de alternativas va a ser abundante, porque Sousa Santos no deja de lado las utopías excluidas por la ciencia moderna ya que dice que:

“El conocimiento- emancipación tiene que romper con el sentido común conservador (ciencias modernas científicas), mistificador y mistificado, para transformarse en un sentido común nuevo y emancipador pero que no crea una nueva forma aislada y autónoma de conocimiento superior (...)”²³.

El sociólogo del derecho relativiza el denominado sentido común y sostiene que este es reivindicado para enriquecer nuestro conocimiento y que al tener dimensiones utópicas y liberadoras que se valorizan con el dialogo postmoderno²⁴. Esto va a permitir crear la epistemología del sur. Ya que va a surgir como un nuevo sentido común del conocimiento, alternativo y distante del conocimiento científico eurocentrico.

Por epistemología del sur, Santos la define como:

²¹ Sociología de las ausencias el autor las define como la investigación que tiene como objetivo mostrar que lo que no existe es, de hecho, activamente producido como no-existente, o sea, como una alternativa no creíble a lo que no existe. Su objeto empírico es imposible desde el punto de vista de las ciencias sociales convencionales. Se trata de transformar objetos imposibles en objetos posibles. Esto se combina con las sociologías de las emergencias que las define como la ampliación simbólica de los saberes y prácticas de modo que se identifiquen las tendencias del futuro para maximizar la probabilidad de la esperanza con relación a la probabilidad de la frustración.

²²DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, Ob. Cit., pág. 51.

²³DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica de la Razón Indolente*, Ob. cit., pág. 121.

²⁴ *Ibíd*em, pág. 124.

“El reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimiento válidos, científicos y no científicos y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimientos, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo (...)”²⁵.

Es decir que la entiende como una nueva alternativa de conocimiento, como una ruptura con la epistemología colonizadora de occidente.

Una de las características en que se plasma este nuevo paradigma es en la idea de la refundación del Estado en el continente americano. El Estado constitucional de derecho es caracterizado por ser un Estado monolítico y centralizador del poder (una cultura, una etnia, leyes universales, distinción entre nacionales y extranjeros, etc.). Este modelo es importado desde Europa occidental. El planteo de los autores del grupo modernidad/colonialidad²⁶ es que en América latina el Estado sea reconstruido desde abajo, teniendo en cuenta a los colectivos históricos que fueron excluidos, como por ejemplo los indígenas, campesinos como sujetos pre capitalistas o bien en la actualidad los movimientos sociales, de desocupados o piqueteros. Esta refundación debe tener como eje central negar la existencia de una sola cultura estadual y debe reconocer la vertiente pluricultural de nuestra región.

Esta nueva concepción del Estado requiere un constitucionalismo transformador, que tenga en cuenta los contextos sociopolíticos del continente y que plasme en una carta magna que permita la convivencia entre todas las culturas como una sociedad heterogénea, descolonizadora de las epistemes occidentales y que dote al Estado de una nueva función en la economía que deconstruya el Estado neoliberal. Esta

²⁵ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, Ob. Cit., págs. 125 y sigs.

²⁶ La tesis central que defiende el Proyecto M/C es que la colonialidad no es un estado de cosas que se opone a la modernidad y le precede, sino que forma parte integral de los mismos procesos de modernización. La experiencia de la expansión y colonización europea es fundamental para entender la emergencia de las principales instituciones modernas entre los siglos XVI y XIX: el capitalismo, la ciencia, el arte, el Estado. De igual modo, todos los procesos de modernización en las periferias han sido mediados por la “lógica cultural” de las herencias coloniales. En América Latina, la modernidad se ha dado siempre a través de la colonialidad, situación que continúa hasta hoy. Sus principales referentes son Enrique Dussel, Santiago Castro-Gómez, María Lugones, Nelson Maldonado-Torres y Boaventura De Sousa Santos.

nueva filosofía se plasmó las constituciones novísimas de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009).

2. Refundación del Estado desde el paradigma de la Plurinacionalidad. El Estado moderno se origina a partir de la concepción liberal de la revolución francesa del siglo XVIII, teniendo el constitucionalismo distintas etapas analizadas con anterioridad. No obstante las diferencias de esos paradigmas constitucionales, todos han tenido un elemento esencial en común: una concepción monolítica y centralizada del poder del Estado²⁷. Este tipo de Estado totalizador se ha basado en un constitucionalismo con dos paradigmas fundamentales: monismo jurídico y concepción Estado-Nación²⁸. El primero determina que el derecho internacional y los ordenamientos internos forman parte de un mismo sistema jurídico universal, ósea que el Estado tiene un solo sistema jurídico y que la ley es general para todos. En cuanto al otro paradigma señalado, se explicita a partir de la noción de que en el Estado reconoce una sola nación, es decir un solo pueblo, idioma, cultura, religión, etcétera.

Este tipo paradigma se ha basado en las ideas liberales de contractualismo/pacto social que han desarrollado autores como John Locke, Thomas Hobbes o Rousseau, teniendo como supuesto abstracto de todas sus teorías la categoría de ciudadano. Pero nos preguntamos: ¿quiénes eran los ciudadanos para el liberalismo? No caben duda eran los hombres (varones) blancos, propietarios, europeos, ilustrados y civilizados. Para estos el Estado era algo hegemónico, era uno solo, era una sola cultura, religión etcétera.

Frente a esto podemos sostener que en América Latina el pacto social que ha construido el Estado fue calcado de la Europa revolucionaria, determinando así el “pacto desde arriba”. Este tipo de consolidación del Estado-Nación excluyó gran parte del colectivo social, como son los indígenas, campesinos, mujeres, afroamericanos, etcétera. Esta falta de legitimidad democrática en la historia del constitucionalismo se evidencia en nuestra propia historia; por un lado la Asamblea Constituyente de Santa Fe 1853 fue encuentro entre elites, luego la reforma de 1957 se realizó con el partido

²⁷ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, Ob. Cit. Pág. 92.

²⁸ *Ibidem*, pág., 94.

político mayoritario proscripto y por último la reforma de 1994, se dio en el marco del denominado “pacto de olivos”, que significó un acuerdo de cúpulas partidarias. En ningún momento de nuestra larga historia constitucional tuvimos participación popular en la construcción de la carga magna.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano realiza una inversión del pacto social. Son parte del proceso constituyente, por primera vez, movimientos sociales y colectivos en general, excluidos del reparto de poder durante la etapa colonial, postcolonial y neoliberal. Es decir que los oprimidos y colonizados son reconocidos por el Estado (y la constitución) como parte de la cultura nacional, que no es monista sino pluralista.

Este reconocimiento por parte de un Estado a diversas epistemes y tradiciones tiene, como toda institución jurídico/política, un desarrollo histórico. Como dijimos, la clásica noción del liberalismo en cuanto al Estado-Nación se importa desde Europa a nuestra región, plasmándose en constituciones que ratificaban y aseguraban la idea de monoculturalidad o cultura occidental/europea como única *civilizada*²⁹. No obstante como señala Yrigoyen Fajardo³⁰, durante la década del 80 del siglo pasado, se da una interpelación por parte del constitucionalismo al modelo monocultural, reconociendo la diversidad cultural. Ejemplos de esto fueron la Constitución de Canadá (1982), Guatemala (1985) y Nicaragua (1987). Estos modelos son una continuidad del monismo pero con un leve reconocimiento a otras culturas. Luego se desarrolló el paradigma del Constitucionalismo Pluricultural, en donde se reconoce la naturaleza pluricultural del Estado, plasmándose en la Carta Magna el reconocimiento a aquellas comunidades originarias. Ejemplos de este reconocimiento constitucional son: Argentina (1994), Bolivia (2004), Colombia (1991), Brasil (1987), etcétera. Pero este avance se vio obstaculizado por la visión neoliberal y globalizadora del capitalismo transnacional. Por último, y a partir del ascenso de gobiernos populares emergentes de un pos

²⁹ Incluso al día de hoy se mantiene vigente en nuestra Constitución Nacional el artículo 25, que en su primer párrafo sostiene: “El Gobierno federal fomentará la inmigración europea (...)”. He aquí un ejemplo de nuestra propia Carta Magna en su concepción eurocéntrica del Estado.

³⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en GARAVITO RODRÍGUEZ, César (coordinador), en *el derecho en América Latina*, Ed. siglo veintiuno, Buenos Aires, 2012, págs. 141 y sigs.

neoliberalismo se constituyó el Estado plurinacional que se plasma en el nuevo Constitucionalismo de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Se trata de un Estado intercultural bajo los principios de un pluralismo jurídico igualitario. Ambos constituciones plantean el necesario paradigma del proyecto descolonizador para el desarrollo de una nueva forma de vida que permita no solo reconocer otras epistemes sino lograr su producción y reproducción cultural según sus propios paradigmas. Este reconocimiento va acompañado de un alto grado de intervencionismo económico por parte del Estado Nacional³¹.

3. Características principales del Constitucionalismo Latinoamericano. Ahora marcaremos algunos rasgos fundamentales que determinan este constitucionalismo. Para nosotros, siguiendo a Sousa Santos, creemos que los principales rasgos de este constitucionalismo son: Plurinacionalidad, autonomía asimétrica, pluralismo jurídico y nuevas subjetividades y democracia intercultural.

3.1. Plurinacionalidad. Esta característica principal del nuevo constitucionalismo Latinoamericano surge de la novedad constituyente, en donde el resultado del seno del cuerpo fue realizado por movimientos sociales y colectivos de subalternizados. El resultado de esto, fue un pacto entre los mismos pueblos que conforman el colectivo social y no un Estado ajeno que reconoce a los pueblos originarios. Esta nueva noción confronta con la idea de que hay solo una Nación en un Estado. La plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, concebida esta como perteneciente a una etnia, cultura o religión.³² Sostiene el autor citado anteriormente:

“El constitucionalismo plurinacional rompe radicalmente con esta construcción ideológica. Por un lado la sociedad civil es descontextualizada por el reconocimiento de las existencias de comunidades, pueblos, naciones

³¹ Tanto la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia como la Constitución de la República del Ecuador establecen la estatización de todos los recursos naturales, servicios públicos y prohíben el latifundio.

³² DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, Ob. Cit, pág 112.

y nacionalidades (...). Por otro lado el territorio nacional pasa a ser el marco geo espacial de unidad y de integridad que organiza las relaciones entre diferentes territorios geopolíticos y geo culturales.”³³

Lo que se demuestra con estas novísimas constituciones es que dentro de un Estado pueden existir varias naciones culturales dentro del mismo espacio geopolítico, es decir que el estado reconoce a las naciones aun preexistentes a este y les otorga autonomía suficiente para lograr su expresión cultural y su convivencia.

Otro de los aspectos de la plurinacionalidad es el principio internacional de autodeterminación de los pueblos originarios. Este principio se encuentra ratificado en los más importantes pactos internacionales sobre los pueblos indígenas, como por ejemplo el Convenio 169 de la organización internacional del trabajo y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007. Pero esto no significa independencia del Estado o la creación de un Estado aparte, sino en la posibilidad al reconocimiento de diversas coexistencias entre estas comunidades. Las cualidades más importantes del principio de autodeterminación son el autogobierno, la justicia indígena, etcétera.

Así lo establece la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia en su art. 1: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario (...)” y también en su art. 3 donde establece que la nación Bolivia va a estar formada por “las naciones y pueblos indígena originario campesinos”. En la constitución de Ecuador se determina en el artículo 1: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...)”

3.2 Autonomía aritmética. Aquí analizamos el espacio geopolítico del Estado. Uno de los elementos fundamentales del Estado-Nación es determinar el territorio nacional para el desarrollo de la sociedad civil. Santos va a decir que:

³³ *Ibidem*, pág. 93.

“(…) el territorio nacional pasa a ser el marco geoespacial de unidad y de integridad que organiza las relaciones entre diferentes territorios geopolíticos y geo culturales, según los principios constitucionales de diversidad y de la integridad con reconocimiento de las autonomías asimétricas.³⁴

Lo que se intenta aquí es determinar una nueva organización geopolítica, que no sea estrictamente territorial, si no asimétrica, es decir que sea que están en igualdad de condiciones entre si y no que una superpone a la otra. La asimetría reside según Sousa Santos en la descentralización y la justicia regional (actor político-constitucional) y en la plurinacionalidad y justicia histórica (factor político cultural). Esto tiene como objetivo lograr una descentralización sobre los territorios de los pueblos originarios y los campesinos.

Lo señalado en el párrafo anterior se ve plasmado en la constitución de Bolivia en su Tercera parte: Estructura y Organización Territorial del Estado, donde en el art. 269 establece que: “Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos.” Es decir que reconoce la organización territorial de las comunidades indígenas dándoles autonomía y carácter constitucional. Esta autonomía se ve sustentada en los principios que establece el art. 272³⁵ y en el art. 279³⁶ que determina el alcance de las autonomías de los territorios descentralizados donde los más importantes son el de elección directa de sus autoridades y la de organización de sus recursos económicos. Además en el art. 289 se reconoce la autonomía originaria indígena campesina, estableciéndose que el único parámetro para su delimitación no va a ser el territorio sino que: “los pueblos indígena

³⁴ *Ibidem*, pág. 93.

³⁵ **Artículo 272** Los alcances, la organización, el funcionamiento, la estructura, las competencias, las atribuciones, la asignación de los recursos económicos financieros y la coordinación del sistema de descentralización y de autonomías se regirán mediante esta Constitución y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, que será aprobada por dos tercios de votos de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

³⁶ **Artículo 279.** El Concejo Departamental estará compuesto por concejales y concejales departamentales, elegidas y elegidos por votación universal, directa, libre, secreta y obligatoria; y por concejales y concejales departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos. II. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización determinará las condiciones de elección y el número de concejales y concejales departamentales, tomando en cuenta criterios de población, organización territorial, identidad cultural y lingüística, desarrollo humano e índice de pobreza.

originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.”

En el caso de Ecuador la organización territorial la determina el art. 242: “El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales”. Un dato importante es la posibilidad de poder constituir regiones especiales por factores culturales y ambientales, agregando que la constitución ya reconoce algunas de esas zonas especiales³⁷. También en el art. 257 se reconoce las autonomías indígenas: “En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afro ecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.”

En este sentido, Alejandro Medici remarca la voluntad política de este Estado refundador:

“En la forma de estado ambas constituciones desarrollan una descripción compleja del mismo que articula la dimensión jurídica con la emergencia de una voluntad política refundadora sobre nuevas bases que (...) recupera aspectos importantes del solidísimo vínculo comunitario de los pueblos andinos y en general de la pluralidad cultural de las formaciones sociales de las constituciones de Bolivia y Ecuador”.³⁸

3.3. Pluralismo Jurídico: Este esquema rompe con el sistema monista de derecho que establece que dentro de un Estado debe existir un solo y único ordenamiento jurídico. Para Sousa Santos el pluralismo jurídico es: “(...) la coexistencia dentro de un estado de diversos tipos de normas jurídicas positivas en un plano de

³⁷ **Artículo 242.-** El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales. Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales Indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales.

³⁸ MEDICI, Alejandro, *La Constitución Horizontal*, Ed. Centro de Estudio Jurídicos y Sociales Mispát, San Luís Potosí, México, 2012, págs. 173 y sigs.

igualdad, respeto y coordinación”³⁹. Es decir que estos tipos de constituciones al ser plurinacionales va a reconocer también distintos ordenamientos jurídicos y van a coexistir y coordinarse para obtener una convivencia armoniosa. Esta característica deriva de los principios fundamentales de la autodeterminación y autogobierno de los pueblos originarios. Esto significa que el Estado plurinacional no solo que va a reconocer, sino que también le dará carácter constitucional al derecho ancestral indígena y campesino.

El contenido del pluralismo jurídico se va a plasmar en la posibilidad de las comunidades indígenas de darse sus autoridades e instituciones; de construir sus propias normas o derecho consuetudinario y la potestad de crear una administración de justicia autónoma. Esto determina que el pluralismo jurídico no solo va a basarse en el respeto a la diversidad cultural, sino que su fundamento es el principio de interculturalidad es decir el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación de los pueblos⁴⁰.

En la constitución de Bolivia el pluralismo jurídico se plasma primero y como principio general en los art. 1⁴¹ y 30⁴² donde se reconocen un conjunto de derechos a las

³⁹DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, 1º edición, Ed. Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA, Bogotá, 2007, pág. 33.

⁴⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, Ob. Cit., pág. 145.

⁴¹ **Artículo 1** Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

⁴² **Artículo 30.I.** Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derecho. 1.A existir libremente.2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.

3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.

4. A la libre determinación y territorialidad.

5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.

6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.

7. A la protección de sus lugares sagrados.

8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.

9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.

naciones y pueblos originarios. A su vez en el inc. 14 del mismo artículo se establece como derecho a los pueblos originarios “Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.”

En la constitución de Ecuador, encontramos en el art. 191⁴³ donde reconoce la jurisdicción indígena y el art. 83⁴⁴ que garantiza un vasto de derechos a los pueblos originarios.

Cabe destacar que estas constituciones reconocen un batallón de derechos nuevos, como son el derecho al agua, al medioambiente, entre otros, no les da una jerarquización, superando de esta forma la política jurídica demo liberal en materia de

10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.

11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.

12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.

13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.

14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.

15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.

III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.

⁴³ **Artículo. 191.-** El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

⁴⁴ **Artículo. 83.-** Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

reconocimiento de derechos con separación y diferentes niveles de garantía entre derechos de primera, segunda y tercera generación⁴⁵.

3.4. Democracia Intercultural: Otra de las formas de romper con las tradiciones eurocéntricas está en la forma de concebir la democracia. En el continente se está expresando una nueva concepción de la democracia con tintes más participativos que la democracia representativa/partidaria que produjo la influencia de europea. Sousa Santos va a establecer que en el continente latinoamericano hay una democracia intercultural⁴⁶, que está determinada por un contexto de Demodiversidad (coexistencia de diferentes formas de deliberación democrática), distintos tipo de representación democrática (democracia cualitativa que es de origen eurocéntrica y democracia cuantitativa, que es de origen ancestral u originaria) y de reconocimiento a los históricos actores políticos de nuestra región que son los movimientos sociales.

Esto determinar que, las constituciones reconocen formas distintas de concebir la democracia, dándole un vuelco más participativo. Las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador bajo el contexto de democracia intercultural van a reconocer tres formas de democracia: representativa, participativa y comunitaria⁴⁷. Así lo establece, por ejemplo, el art. 11 de la Constitución de Bolivia⁴⁸.

Este nuevo paradigma democrático se ve reflejado en mecanismos de representación ampliada⁴⁹, como por ejemplo la introducción del sufragio popular para la elección directa de los miembros del Tribunal Superior Constitucional en la

⁴⁵ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, Ob. Cit., pág. 82

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 96.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 99.

⁴⁸ **Artículo 11.** El Estado adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa, entre otros. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, entre otros. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros.

⁴⁹ MEDICI, Alejandro, Ob. cit., pág. 92.

Constitución de Bolivia. También apelando a demodiversidad se establece la posibilidad de la elección de representantes parlamentarios de territorios autónomos indígenas por medios de sus usos y costumbres y obligando al Estado a reconocer un cupo mínimo de representantes y parlamentarios originarios en la Asamblea Plurinacional⁵⁰.

Otro aspecto importante es la posibilidad de revocación popular de mandatos, novedad que no es mencionada por los sectores políticos, académicos y mediáticos que acusan a estos procesos de “hiperpresidencialistas”. En nuestro caso, por ejemplo, tenemos la institución del juicio político que es un mecanismo engorroso y fundamentalmente no tiene participación popular. Otro instituto de participación es la obligación de ratificación por referéndum cualquier reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales sobre cuestiones limítrofes, integración monetaria, integración económica, y cesión de competencia internacional. Imaginemos que hubiese sucedido en nuestro país si durante la etapa del neoliberalismo, donde se contraía deuda externa para tapar el agujero financiero, se hubiese consultado al pueblo sobre la cesión de soberanía jurisdiccional para resolver litigios en la contratación de deuda soberana. Entendemos que parte de los problemas que hoy sufre nuestro país con los denominados *fondos buitres*, se debe a una falta de diseño institucional y normas que defiendan el interés nacional y la participación popular en las decisiones estratégicas.

3.5 Nuevos Sujetos de derecho. Al ser esta constitución fruto de un nuevo pacto social plurinacional “desde abajo”, entre distintas etnias y culturas de estas regiones, el matiz político se basa en el reconocimiento de aquellos grupos sociales que fueron desplazados por la cultura europea y el sistema monista. Medici va a decir que: “las clases y grupos sociales antagónicos a la dominación postcolonial y sus elites beneficiarias, se identifican no solo por su pertenencia a clases sociales explotadas, oprimidas o excluidas, sino también sobre la base de su pertenencia étnica y cultural⁵¹”. Es decir que los nuevos actores políticos fundamentales del nuevo pacto son aquellos movimientos sociales que fueron excluidos por la colonización, poscolonización y etapa neoliberal.

⁵⁰ MEDICI, Alejandro. Ob. Cit., pág. 73.

⁵¹ MEDICI, Ob. Cit., pág. 169.

Este cambio se debe a la irrupción en el plano político de movimientos sociales de origen diferente a los partidos políticos tradicionales. Son estos colectivos creados por movimientos indígenas, feministas, intelectuales, obreros, campesinos, etcétera, excluidos del modelo neoliberal del cual eran cómplices las estructuras partidarias clásicas de estos estados. En Bolivia el espacio político Movimiento al Socialismo (MAS), a partir del liderazgo de Evo Morales, presentó una articulación fluida con los movimientos sociales de las comunidades originarias que se exhibió tanto en el apoyo electoral para lograr acceder a la presidencia de la república, como en la capacidad de movilización en el proceso constituyente y los contenidos en la nueva constitución⁵². En Ecuador el proceso de constituyente fue llevado a delante por la presidencia de Rafael Correa, en el marco de la denominado “revolución ciudadana”, expresión política rupturista de la clásica dirigencia ecuatoriana. En la asamblea constituyente del Montecristi participaron los movimientos sociales como el CONAIE⁵³ el movimiento Pachakuti.⁵⁴

⁵² *Ibíd.* Pág. 137

⁵³ La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), es una organización indígena e indigenista ecuatoriana, fundada el 16 de noviembre de 1986, que se atribuye la máxima representación de los pueblos, etnias, culturas, nacionalidades indígenas en el Ecuador. Su objetivo, según sus propias palabras, es "lograr la unidad de las diversas organizaciones indígenas que aisladamente luchaban por sus derechos, así como para armonizar y compatibilizar las demandas históricas y la lucha frente al Estado Uninacional Ecuatoriano, sus gobiernos y autoridades de turno".

⁵⁴ El Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik (MUPP) es un movimiento político ecuatoriano de tendencia indigenista y socialdemócrata, del ala más progresista de esta, surgido en noviembre de 1995 con el fin de representar los intereses del movimiento indígena liderado por la CONAIE. En un inicio confluyeron en él, además de la CONAIE, la denominada Coordinadora de Movimientos Sociales (CMS) y la Confederación Única Nacional de Afiliados al Seguro Social Campesino (CONFUNASSC-CNC). Pachakutik forma parte de la Unidad Plurinacional de las Izquierdas, donde obtuvo 6 escaños. Elemento fundamental de su base ideológica y programática es el respeto a la diversidad expresada bajo las formas de la interculturalidad, la pluralidad y la plurinacionalidad

CAPITULO 3

ALGUNAS INSTITUCIONES DE LAS LEYES FUNDAMENTALES DE BOLIVIA Y ECUADOR.

Sumario: 1. Preámbulos y narratividad constitucional. 2. De los recursos naturales al nuevo concepto de Pachamama.

1. Preámbulos y narratividad constitucional: Los preámbulos de las nuevas constituciones de Bolivia⁵⁵ y Ecuador⁵⁶ expresan una característica novedosa que

⁵⁵Preámbulo Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: “En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.”

⁵⁶ Preámbulo Constitución de la República del Ecuador: “Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador, reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad.

Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay.

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades.

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra.”

consiste en una narratividad propia y situada, que se fundamenta en visiones y experiencias históricas propias de esas naciones. Esto lo sostenemos partir del reconocimiento que se da en los preámbulos a la pluralidad socio cultural y el enlazamiento que se realiza con la historia de las luchas populares contra el colonialismo, neocolonialismo y más recientemente el neoliberalismo en tanto forma de construcción de Estado negadoras de los derechos humanos. Así lo entiende Zaffaroni al decir: “(...) el colonialismo se opone al derecho humano al desarrolla, en tanto que la resistencia al colonialismo impulsa su realización”⁵⁷. Encontramos, entonces, una narrativa que apela a una memoria de opresión y colonialismo interno.

Es evidente que las expresiones vertidas por ambos textos conciernen a una cosmovisión propia de esos pueblos, situada en una territorialidad determinada que impulsa esa realización. Distinto, por ejemplo, es el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional que es una fiel expresión del racionalismo jurídico positiva que enuncia en forma abstracta objetivos comunes sin una expresión de sitialidad propia de nuestra experiencia cultural e histórica como pueblo. Es decir que apelar a fórmulas legales/expresivas racionales y abstractas como “libertad”, “consolidación de la paz interior” o “unión nacional” es claramente distinto a las expresiones de Sumak Kawsay o Pachamama, encontradas en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, que son parte de una visión cultural propia de los colectivos que forman parte de Ecuador y Bolivia.

A partir del análisis de los preámbulos, y retomando las categorías de constituciones escobazas por Sampay⁵⁸ podemos decir que en el caso Ecuatoboliviano, la Constitución jurídica-formal toma los elementos de la constitución primigenia para lograr condicionar y regular la relación con la constitución real. Esta búsqueda de intervención del Estado en el ámbito de la repartición del poder factico a partir de nuevas constituciones se da en el marco de procesos políticos pos neoliberales, de convocatoria a mayorías populares y movilización de grupos sociales excluidos.

En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente Constitución de la República del Ecuador.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Derecho Latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, 1º edición, Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2015, pág. 51.

⁵⁸ SAMPAY, Arturo, Ob. Cit., págs. 59 y sigs.

Por último, destacamos lo señalado por Medici a modo de conclusión:

“Como componentes fundamentales de esta narración que confiere sentido y arraigo histórico a los textos constitucionales aparecen la voluntad de dejar atrás la colonialidad del poder, refundar el estado desde la celebración del pluralismo social y la interculturalidad como bases e justicia social, entendida como igualdad pero no como homogeneidad monocultural.”⁵⁹

2. De los recursos naturales al nuevo concepto de Pachamama. Una de las rupturas políticas y epistemológicas que traen estas constituciones es la forma en que legislan sobre el medio ambiente y la ecología. A partir de la nueva Epistemologías del Sur se va a tomar distancia del encuadre jurídico que le otorgo el liberalismo a la naturaleza considerando a sus componentes como un “recursos naturales”, o sea, como otra forma de obtener capital. Esta clásica visión objetivadora de la naturaleza, es puesta en crisis a partir de la consagración de los derechos de la Pachamama en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Uno de los caracteres importantes que destacamos en el capítulo anterior son las “nuevas subjetividades”, es decir el reconocimiento de nuevos sujetos de derechos. Entre estos encontramos al medio ambiente y a la naturaleza. Estos son tomados desde una concepción Andina y pre capitalista, o sea una concepción originaria, entendida como Pachamama o madre tierra (proveniente de la cultura quechua) y relacionados con los principios de Sumak Kawsay y Suma Qamaña. Lo remarcable es que estas nuevas expresiones consagradas en las Cartas Magnas expresan un nuevo enfoque cultural. Zaffaroni plantea una dualidad sobre la naturaleza donde pregunta si “(...) los humanos somos unos convidados más a participar de la naturaleza o esta se creó para nuestro hábitat y por ende disponemos de un derecho sobre ella (administradores, propietarios)”⁶⁰.

⁵⁹ MEDICI, Alejandro, *El constitucionalismo transformador sudamericano como fundamentación de la teoría constitucional* en XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, INFOJUS, Buenos Aires, Octubre 2014, pág. 245.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La Pachamama y el humano*, Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2015, pág. 23

Desde la etapa que comenzó el colonialismo en América Latina la naturaleza y el medio ambiente fueron vistos como un objeto más de explotación para la obtención de recursos económicos. Esta concepción fue la consagrada, tiempo después, por los textos constitucionales liberales, donde se plasmó a la naturaleza como un objeto de explotación, es decir uno de los tantos recursos del capitalismo. Medici va a decir que “(...) la naturaleza aparece ante el pensamiento global hegemónico y ante las elites dominantes de la región como un espacio subalterno, que puede ser explotado, arrasado, modificado según las necesidades de los regímenes de acumulación vigentes (...)”⁶¹. Es decir que se toma una lógica capitalista de explotación de la naturaleza como recursos naturales.

Las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador desarrollan una concepción alternativa, originaria y de mayor predominio cultural. Reconocen a la naturaleza como un ente y como titular de derechos. Se trata de un ecologismo constitucional, consagrado partir de “una concepción que proviene de las culturas originarias, lejos de negar la dignidad humana, la recupera de su camino perdido por el afán de dominación y acumulación de cosas”⁶².

La constitución de Ecuador reconoce a la Pachamama como sujeto de derecho y lo va a legislar con el principio constitucional del Sumak kawasay (buen vivir) que proviene de los pueblos y naciones originarias. Esto va a reflejarse en primer lugar, en el preámbulo que establece que se constituirá “(...) una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay”. Luego en su art. 10 establece que la naturaleza será sujeto de derechos reconocido por la constitución⁶³. Además en la segunda sección del art. 14 en su párrafo primero menciona: “Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, Sumak Kawsay”. Aquí se lo menciona como un derecho de la población y también lo relaciona con el principio constitucional Sumak Kawsay. En los artículos

⁶¹MEDICI, Alejandro. *Constitución Horizontal*, Ob. Cit., pág. 150.

⁶²ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La Pachamama y el humano*, Ob. Cit. pág. 127.

⁶³ Art 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

siguientes se menciona la protección del medio ambiente y su alcance como derecho colectivo de la población⁶⁴.

Pero en su Título II, capítulo séptimo es donde se reconoce los derechos de la Naturaleza. El art. 71 es de gran trascendencia porque en su primer párrafo reconoce a la Pachamama o naturaleza como sujeto de derecho y menciona que la Pachamama es donde se reproduce y realiza la vida, es decir que nosotros somos parte de ella. Observamos que en el art. 71, segundo párrafo, se legisla acerca de la protección de la madre tierra, otorgando legitimidad a “(...) toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad (...)” para accionar contra el estado para que cumpla con los derechos de la naturaleza, es decir que todos al ser parte de esta podemos protegerla y accionar en su nombre, en virtud de los principios constitucionales que la protegen. Como derecho de los pueblos menciona el beneficio del ambiente y a las riquezas de la naturaleza que les permita el buen vivir, reflejados en el art. 74.

En cuanto a la constitución de Bolivia menciona a la Pachamama desde el preámbulo donde establece “(...) cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”. Luego reconoce el derecho al medio ambiente en los arts. 33⁶⁵ y 34⁶⁶ donde le da una regulación similar a la Constitución del Ecuador en cuanto a los derechos de los pueblos y las obligaciones del Estado. Pero en esta sección lo distinto es que lo regula en el capítulo quinto donde

⁶⁴ Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Art. 15.- El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.

⁶⁵ Art. 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

⁶⁶ Artículo 34. Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

se expresan los derechos económicos y sociales, o sea como un derecho de los seres humanos. Pero la titularidad y el ejercicio es similar a la constitución de Ecuador.

En la cuarta parte donde se regula la Estructura económica del Estado, en su título II da una regulación extensa al medio ambiente. En el extenso del título va a regular sobre el medio ambiente, los recursos naturales, hidrocarburos, minería y metalúrgica, energía, recursos hídricos, biodiversidad, coca, áreas protegidas y recursos forestales, recursos forestales, amazonia y tierra y territorio. Dándole una gran extensión en cuanto artículos y la novedad de regular sobre recursos naturales específicos en una constitución.

CONCLUSIÓN

Hemos expuesto en forma de síntesis las diversas etapas del constitucionalismo, para luego caracterizar las nuevas reflexiones que se construyen en el mundo académico a partir de estos procesos constituyentes. Por último, tomamos dos instituciones consagradas en las leyes fundamentales estudiadas como ejemplos del cambio de paradigmas que han traído al Derecho Constitucional las reformas de Bolivia y Ecuador.

La historia constitucional regional se encuentra vinculada a procesos de importación de modelos institucionales desde los Estados Unidos o Europa. A su vez, las constituyentes latinoamericanas decimonónicas no tuvieron legitimidad democrática, sino más bien lo contrario, es decir, fueron las elites gobernantes quienes unilateralmente decidieron darse a las nuevas naciones leyes fundamentales. Pero este dictado de una Constitución Nacional tenía por objetivo garantizar el máximo respeto a las libertades individuales y de propiedad justamente de los varones, blancos y propietarios. Así lo entiende Gargarella al sostener:

“los liberales y conservadores (...) coincidieron en la creación de ordenamientos políticos excluyentes, poco afectos a la participación popular, que establecían trabas para la consagración de derechos políticos formales y sustantivos para las masas. Se trababa, en definitiva, de la constitución de ordenamientos contramayoritarios en sentido estricto (...)”⁶⁷.

Luego, durante la década del '70 y '80 del siglo pasado el continente ingreso en la etapa de desregulación estatal y desmantelamiento del Estado de Bienestar. Junto con este cambio, las experiencias del constitucionalismo social (México 1917, Brasil 1933, Argentina 1949 y Chile 1973) se encontraron en crisis y por diversos motivos, los Estado latinoamericanos ingresaron en una etapa de desconstitucionalización de derechos y prácticas políticas.

Durante la hegemonía del neoliberalismo, se destacó un proceso de re-significación del constitucionalismo como elemento eficaz, en la región, para

⁶⁷ GARGARELLA, Roberto, Ob. Cit., pág. 91.

afianzar el sistema republicano y democrático a los efectos de terminar con las etapas de intervenciones militares América del Sur. Así, en varios países de la región se llevaron a cabo reformas constitucionales que incorporaron la concepción universal de los derechos humanos, consagrada por los países vencedores de la II guerra mundial y la ratificación de los sistemas regionales de control de constitucionalidad y convencionalidad. También se agregaron las cláusulas democráticas y se consagraron instituciones, como el consejo de la magistratura o el defensor del pueblo, provenientes de los estado europeos occidentales.

Con lo expuesto podemos encontrar que en el desarrollo institucional latinoamericano existe una relación entre los diversos Estados Nacionales, de similitud en cuanto a las etapas históricas de cada país. Por lo que, si entendemos al derecho como un fenómeno histórico y social, es evidente que podemos trazar líneas de analogías entre las reformas constitucionales de América del Sur.

En ese sentido, entendemos que la actual etapa del pensamiento constitucional latinoamericano se encuentra una etapa crítica en virtud de que existe una disparidad entre los derechos consagrados y la realidad desigual de nuestra región. Esto es lo que algunos autores han denominado como un constitucionalismo semántico⁶⁸, es decir como aquel que declara varios derechos pero que no establece una dimensión de instrumentalidad de los mismos.

Entendemos que parte de este problema tiene que ver, siguiendo a Rodríguez Garavito⁶⁹, con la falta de una epistemología jurídica latinoamericana, surgida de las necesidades y circunstancias históricas de nuestra américa.

A partir de esto, entendemos que las experiencias de Ecuador y Bolivia constituyen nuevas etapas y experiencias para el constitucionalismo mundial. Esto lo sostenemos porque encontramos en ambas constituciones elementos propios de

⁶⁸ MEDICI Alejandro, *Derecho Político actual. Temas y problemas Volumen 3*, Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, 2013, pág. 121.

⁶⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César, *Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y práctica del derecho en América Latina*, en GARAVITO RODRÍGUEZ, César (coordinador), Ob. Cit., págs. 82 y sigs.

la idiosincrasia de esos pueblos y la elevación al rango constitucional de la realidad circundante de esas naciones.

Las potencialidades y novedades de la experiencia “EcuatoBoliviana” tienen que ver con la construcción de constituyentes con activa participación de sujetos negados u oprimidos por esas naciones. A su vez se destaca la opción descolonizadora de ambos Estados, entiendo por tal a un proceso de liberación autonomía nacional. Esto se evidencia en el reconocimiento a las nacionalidades y normas jurídicas precoloniales.

A su vez, en ambos textos, se consagra la estatización de los recursos naturales, estando estos bajo la órbita y dirección del Estado. También existe una importante mención a la cuestión de medios y empresas de comunicación. Por último se destaca la extensión de ambas leyes: cuentan con más de 400 artículos.

Como nota final, entendemos que es necesario continuar profundizando los estudios sobre estos interesantísimos procesos constituyentes regionales. Encontraremos aquí una riqueza de producción de pensamiento propio y situado inédita y quizás necesaria para refundar nuestros Estado y lograr una mayor equidad social, en la región más rica y desigual del planeta.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Introducción al Derecho*, (Rosario, Ed. JURIS, 1995).

ASTRADA, Carlos, *Fetichismo constitucional*, en FARA, Luis y GERBER, Santiago (compiladores) en *1949 una constitución para la patria justa, libre y soberana*, (Buenos Aires, Ed. Piloto de Tormenta, 2013).

CASIELLO, Juan, *Derecho Constitucional Argentino* (Buenos Aires, Ed. Perrot, 1954).

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, (Lima, Perú, Ed. Programa Democracia y transformación global, 2010).

DE SOUSA SANTOS Boaventura, *Critica de la razón indolente*, (Bilbao, España, Ed. Descleé de Brouwer, 2003).

DE SOUSA SANTOS Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*", (Bogotá, Colombia, Ed. Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA, 2007).

GARAVITO RODRÍGUEZ, Cesar, *Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y práctica del derecho en América Latina*, en GARAVITO RODRÍGUEZ, César (coordinador), en *el derecho en América Latina*, (Buenos Aires, Ed. siglo veintiuno, 2012).

GARGARELLA, Roberto, *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina* en GARAVITO RODRÍGUEZ, César (coordinador), en *el derecho en América Latina*, (Buenos Aires, Ed. siglo veintiuno, 2012).

LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, (Bogotá, Colombia, Ed. Panamericana, 2014).

NINO Carlos, *derecho, moral y política*, 3º edición, (Buenos Aires, Ed. siglo veintiuno, 2014).

MEDICI, Alejandro, *La Constitución Horizontal*, (San Luis Potosí, México, Ed. Centro de Estudio Jurídicos y Sociales Mispat 2012).

MEDICI ALEJANDRO, *El constitucionalismo transformador sudamericano como fundamentación de la teoría constitucional* en XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, (Buenos Aires, INFOJUS, Octubre 2014).

MEDICI Alejandro, *Derecho Político actual. Temas y problemas Volumen 2*, (Santa Rosa, Ed. Universidad Nacional de La Pampa, 2012).

MEDICI, Alejandro, *Derecho Político actual. Temas y Problemas. Volumen 3*, (Santa Rosa, Ed. Universidad Nacional de La Pampa, 2013).

NINO Carlos, *derecho, moral y política*, 3° edición, (Buenos Aires, Ed. siglo veintiuno, 2014).

SAMPAY, Arturo, *Constitución y Pueblo*, (Buenos Aires, Ed. Docencia, 2011)

SAMPAY, Arturo, en *La Constitución Democrática*, Buenos Aires, Ed. Ciudad argentina, 1999)

YRIGOYEN FAJARDO RAQUEL, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en GARAVITO RODRÍGUEZ, César (coordinador), en *el derecho en América Latina*, (Buenos Aires, Ed. siglo veintiuno, 2012).

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, *La Pachamama y el humano*, (Buenos Aires, Ed. Madres de Plaza de Mayo, 2015).

ZAFFARONI EUGENIO RÁUL, *El Derecho Latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, (Buenos Aires, Ed. Madres de Plaza de Mayo 2015).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estudio Preliminar en Constitución de la Nación Argentina 1949*, (Buenos Aires, Ed. a cargo de la Dirección de Prensa y Comunicación del Archivo Nacional de la Memoria, 2009).

PAGINAS WEB CONSULTADAS

<http://www.infojus.gob.ar>