

ISSN 0329-9430

Revista de la FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 23



FDER UNR

**ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2017**

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 23

Año 2017

Salvo indicación expresa, la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario no se identifica necesariamente con las opiniones y juicios que los autores sostengan.

AUTORIDADES

Decano	Dr. MARCELO E. VEDROVNIK
Vicedecano	Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario general	Dr. HERNÁN J. BOTTA
Secretario Académico	Dr. EMILIO L. FANTONI
Secretaria de Extensión Universitaria	Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
Secretaria de Concurso y Carrera Docente	Dra. ROMINA PÉREZ
Secretario de Relaciones Internacionales	Dr. ALDO BARAVALLE
Secretaria de Acreditaciones	Dra. SANDRA FRUSTAGLI
Secretario Financiero	CPN. RAÚL LUNGI
Secretario Técnico	Dr. EDUARDO SILVANO
Secretaria de Ciencia y Técnica	Dra. ERIKA NAWOJCZYK
Secretaria de Asuntos Estudiantiles	Dra. MELISA VILLEGAS
Secretaria Administrativa	Sra. AMADA A. GAITÁN
Director Escuela de Graduados	Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario Escuela de Graduados	Dr. GERMÁN E. GERBAUDO
Gerente COFADE	CPN. LAURA RODRÍGUEZ
Secretario Privado	Dr. EDGARDO NÉSTOR D'AGOSTINO

PROFESORES EMÉRITOS

Prof. CELESTINO ARAYA	Prof. ALBERTO ARÉVALO
Prof. ROBERTO BREBBIA	Prof. ÁNGEL CHÁVARRI
Prof. MANUEL DE JUANO	Prof. WERNER GOLDSCHMIDT
Prof. ADOLFO RICARDO ROUZAUT	Prof. ISIDORO SILBERSTEIN

PROFESORES HONORARIOS

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Prof. IVÁN JOSÉ MARÍA CULLEN

Prof. SONIA BELOTTI DE PODESTÁ

Prof. JUAN MARÍA FARINA

Prof. JORGE BOF

Prof. PEDRO WOLKOWICZ †

Prof. JUAN JOSÉ CASIELLO

Prof. JUAN MALCOM DOBSON

Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

Prof. MARIO SACCONI

Prof. GUILLERMO FIERRO †

Prof. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

CONSEJO DIRECTIVO

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

ANDREA ANGÉLICA MEROI	SOLANGE MARÍA MARTA DELANNOY
ADRIANA TALLER	ALEJANDRA VERDONDONI
JUAN JOSÉ BENTOLILA	MARGARITA ZABALZA
ADRIANA NOEMÍ KRASNOW	VÍCTOR GUSTAVO MOLOEZNİK
GUSTAVO DANIEL FRANCESCHETTI	LUIS FACCIANO

Suplentes

ANA CLARA MANASSERO	ADRIANA HAYDEÉ MACK
ANDREA ALEJANDRA STRAZIUSO	FABIÁN AGUSTÍN PÉREZ
MARCELO MARCHIONATTI	ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
GUILLERMO DANIEL APANOWICZ	DANIEL ANÍBAL ERBETTA
MARÍA PAULA ARIAS	ARACELI MARGARITA DÍAZ

CLAUSTRO GRADUADOS

Titular

FERNANDO MARCHIONATTI

Suplentes

FLAVIA PETROCELLI
PAMELA SOLEDAD LOBATO
PAULA V. CALACE VIGO

CLAUSTRO NO DOCENTE

Titular

MAURO SEBASTIÁN PÉREZ

Suplentes

MARÍA INÉS PÓPOLO
JULIO ANDREANI
ENRIQUE ANTONIO DI SIMONE

CONSEJO SUPERIOR

MAURO SEBASTIÁN PÉREZ

CLAUSTRO ESTUDIANTIL

Titulares

FRANCISCO PITA	MARTINA DOTTO
GUSTAVO ÁLVAREZ	VANESA DI BENE
MARÍA PAULA SALEY	LUCIANO AVETTA
GUILLERMO CANSECO	ANABELLA BERMÚDEZ

Suplentes

MARÍA SOL ZULATTO	CARLA ROMERO
ALEJANDRO TOMÁS	SANTIAGO MARROCO
LAUTARO MARTÍN MILMAN	CRISTIAN GENRE BERT
BETANIA GALLO	MATEO GARCÍA FUENTES

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

Dr. CARLOS ENRIQUE ARCOCHA	Dra. ANUNCIADA LATTUCA
Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI	Dra. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

COMITÉ EVALUADOR PARA ESTE NÚMERO

HORACIO ALLENDE RUBINO	ÁLVARO MONZÓN WYNGAARD
ANALÍA AUCÍA	ROMINA PÉREZ
MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER	FERNANDO RONCHETTI
DÁMASO JAVIER VICENTE BLANCO	MARÍA VICTORIA SCHIRO
MARIANA IGLESIAS	JUAN CARLOS WLASIC

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica	ERIKA NAWOJCZYK
	FLORENCIA JUÁREZ
	LAURA ROMERO

ÍNDICE

DOSSIER

RELACIONES INTERDISCIPLINARIAS DEL DERECHO

- La interdisciplinariedad en la compleja tarea de los juristas
en una nueva era*, por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI 15
- Consideraciones sobre Derecho y Arte en la
Alemania del siglo XIX. Aportes jusfilosóficos
para una sistematización de las relaciones entre
el Derecho y el Arte*, por JUAN IGNACIO CHIA 37

DOCTRINA

- El principio de insignificancia en la dogmática
jurídico-penal*, por FEDERICO M. ALESSIO 65
- De la teoría general a la dogmática jurídica. El Código Civil
y Comercial de la Nación (CCCN) de Ronald Dworkin
a Enrique Dussel*, por LUCÍA MARÍA ASEFF 83
- Reforma constitucional en la Provincia de Santa Fe.
¿Qué hacer con las cláusulas pétreas y su soberbia
eternidad?*, por LEANDRO BATALLA 95
- Forma y prueba de los contratos electrónicos en el Código
Civil y Comercial*, por GUILLERMO BELTRAMONE
y MARÍA LORENA ARRECHE 107
- El deber de seguridad en el Derecho del
Trabajo*, por JUAN FACUNDO BESSON 113
- El caso Santiago Maldonado y el consenso del
nunca más*, por DANIEL LEANDRO BOCCOLI 139

<i>El principio precautorio y la responsabilidad civil en el siglo XXI</i> , por ERNESTO EDWARDS	151
<i>Personas con discapacidad: un campo de tensión entre derechos humanos y Derecho Civil</i> , por JAVIER HUMBERTO FACCO	177
<i>La estrategia jurídica en la prevención de la insolvencia. La articulación de los mecanismos societarios y concursales para evitar la insolvencia</i> , por GERMÁN E. GERBAUDO	207
<i>Regulación de la venta ambulante en Rosario (2004-2016), por PATRICIA IRIS GIQUEAUX, ADRIANA BEATRIZ GARCÍA y PAOLA PEPEY</i>	231
<i>La litigiosidad represada en el acceso a la justicia de los sectores vulnerables. Análisis de los juzgados comunitarios de pequeñas causas en la Provincia de Santa Fe, una justicia de proximidad y de cercanía</i> , por RAMÓN OSCAR ORREGO.	255
<i>Derecho a la identidad en personas concebidas por fecundación heteróloga</i> , por MARÍA CLARA PIVIDORI	283
<i>El principio de la representación política. Discusiones semánticas y perspectivas actuales</i> , por ANA MARÍA RAGGIO	311
<i>Perro que ladra... muerde. El caso “Pitbull” a la luz de la teoría del delito</i> , por GEORGINA RIGATUSO	333
<i>Análisis del Sistema Nacional de Gestión Documental Electrónica (GDE) (en el marco de los planes de modernización del Estado y de tecnología y gobierno digital)</i> , por ADRIANA TALLER, ANALÍA ANTIK, DÉBORA PAREDES y MARINA BICHERÉ.	357
<i>Apuntes sobre justicia constitucional</i> , por CARLOS ARTURO VILA	377
<i>La responsabilidad social empresaria y su vinculación con el Derecho Internacional de las Inversiones</i> , por IGNACIO ANDRÉS ARROYO, MIGUEL LADISLAO COLQUICOCHA, MARÍA GABRIELA CRESPI, JULIETA MONTEVERDE, VICTORIA VIGO y EVELYN ANAHÍ ZELAYA, coordinado por SEBASTIÁN MIGUEL ZAMPA.	399
<i>Responsabilidad médica por cirugías estéticas embellecedoras</i> , por LILIANA AÍDA BEATRIZ URRUTIA	425

DOCTRINA EXTRANJERA

<i>Sobre el pragmatismo jurídico: ¿dónde nos conduce “la senda del Derecho”?</i> , por SUSAN HAACK.	447

APORTES DE ESTUDIANTES

<i>Los cambios en el instituto de la inhabilitación. Cuestionamiento en torno a su regulación, por ANDRÉS BIEI</i>	497
<i>Ética biocéntrica y los principios de prevención y precaución, por TOMÁS NICOLÁS COPPINI</i>	513
<i>Violencia obstétrica: ¿qué es y por qué se produce?, por CANDELA DE MARCHI</i>	529
<i>El derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad. La protección internacional en dos fallos de la jurisprudencia argentina, por DIEGO MENDY</i>	543
<i>Normas editoriales</i>	569

DOSSIER
Relaciones interdisciplinarias del Derecho

LA INTERDISCIPLINARIEDAD EN LA COMPLEJA TAREA DE LOS JURISTAS EN UNA NUEVA ERA

por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI*

SUMARIO: I. Ideas básicas. II. La propuesta de la teoría trialista del mundo jurídico.
A) Despliegue estático. 1) El mundo jurídico. 2) El horizonte de la teoría trialista
del mundo político. B) Despliegue dinámico. III. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

Se consideran las proyecciones de integración e interdisciplinaria-
riedad de la tarea de los juristas en una *nueva era*, signada por
enormes desafíos que hacen imposible el uso de un nombre clara-
mente esclarecedor, limitado en cambio a una referencia de “pos-
terioridad” en la “posmodernidad”. Se sostiene que esa tarea es im-
prescindible para lograr un desenvolvimiento satisfactorio de la hu-
manidad, superador sobre todo de la dominación economicista. El
esquema básico del artículo es la propuesta de construcción inte-
gradora tridimensional socio-normo-axiológica de la *teoría trialista
del mundo jurídico*.

En lo *estático* el trialismo sostiene que es satisfactorio incluir re-
partos de “potencia” e “impotencia” (es decir, de lo que favorece o
perjudica a la vida humana; *dimensión sociológica*), captados de manera

* Profesor titular de la UNR y emérito de la UBA.

lógica por normas que los describen e integran (*dimensión normológica*) y valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*).

Esos despliegues *comunes* a todo lo jurídico se *especifican* en sus alcances y sus situaciones. Los alcances se particularizan en lo material, espacial, temporal y personal y las situaciones pueden ser de aislamiento, coexistencia de respuestas independientes, dominación, integración y desintegración.

El enfoque *dinámico* incluye avances (“plusmodelación”), retrocesos (“minusmodelación”) y sustitución de las respuestas; el funcionamiento del mundo jurídico, encarable desde las normas, los repartos y los valores, y la estrategia.

Abstract

We consider the projections of integration and interdisciplinarity of the jurists’ task in a new era, marked by enormous challenges that make impossible to use an illuminating name to summit it, and it’s limited to a reference of “posteriority” as “postmodernity”. We affirm that this task is essential to achieve a satisfactory development of humanity, surpassing all economicist domination. The basic outline of the article is based on the integrativist three-dimensional socio-normo-axiological construction of the *trialist theory of the juridical world*.

In the *static* sense, trialism states that it is satisfactory to include distributions of “power” and “powerlessness” (that is, what favors or harms human life; *sociological dimension*), logically captured by norms that describe and integrate them (*normological dimension*) and valued, partitions and norms, by a complex of values culminating in justice (*dikelogical dimension*).

These *common* deployments to all legal things *are specified* in their scope and situations. The scopes are particularized in material, spatial, temporal and personal specificities. The situations can be of isolation, coexistence of independent responses, domination, integration and disintegration.

The *dynamic* approach includes advances (“plus-modelation”), re-

gressions (“minus-modelation”) and substitution of responses; the functioning of partitions, norms and values, and strategy.

Palabras clave

Juristas. Trialismo. Interdisciplinariedad.

Keywords

Jurists. Trialism. Interdisciplinarity.

I. Ideas básicas

1. Todos los desempeños humanos requieren establecer su necesidad y sus alcances en relación con las situaciones de materia, espacio, tiempo y personas. ¿Es necesario en nuestro tiempo el desempeño de los juristas? ¿Cuáles han de ser sus alcances?

El *mundo actual* presenta condiciones que sin la presencia de los juristas podrían concluir como simplificaciones o complicaciones que nos resultan inaceptables. Sólo la intervención de los juristas, encargados de un *equilibrio humanista* que puede denominarse *justicia*, está en condiciones de lograr una *complejidad* que, analizando, integrando y dialogando interdisciplinariamente, supere la complicación que confunde y la simplificación que mutila las posibilidades vitales¹. A nuestro parecer, uno de los mayores intereses a los que los seres humanos debemos referirnos es nuestra propia *vida* y los juristas han de ser

¹ Respecto a la complejidad cabe cfr., v. gr., BOCCHI, G. y CERUTI, M. (recops.), “La sfida della complessità”, 10ª ed., trad. de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, Feltrinelli, Milano, 1997; MORIN, E., “Introducción al pensamiento complejo”, 7ª reimp., trad. de Marcelo Pakman, Gedisa, Barcelona, 2004; “Programa para el Pensamiento Complejo”, <http://cei.unr.edu.ar/programas/programa-para-el-pensamiento-complejo/>, 30-7-2017; GOLDSCHMIDT, W., “Introducción filosófica al Derecho”, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. XVII; CIURO CALDANI, M. Á., “El trialismo. Filosofía Jurídica de la complejidad pura”, en *El Derecho*, t. 126, 1988, ps. 884 y ss.; DABOVE, M. I., “El Derecho como complejidad de ‘saberes’ diversos”, en *Cartapacio*, núm. 4, Sección Conferencias y Disertaciones, 2003; GALATI, E. D., “La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades”, tesis doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 26-4-2010.

grandes servidores de ella². Por esto su actividad es una *tarea* profundamente cargada de valor³.

El mundo que nos toca vivir presenta una *enorme complicación problemática* y una *avasallante tendencia a la simplificación economicista* que creemos imprescindible superar. El Derecho y la Economía han de integrarse en una complejidad pura, reconociéndose y apoyándose⁴. Los juristas han de ser colaboradores al respecto.

2. Los días actuales constituyen una *nueva era*, cuya magnitud problemática conduce a que la nombremos como la continuidad de otro tiempo y no con una característica propia. Para Occidente la Edad Antigua es la Edad Fundacional; la Edad Media es la Edad de la Fe; la Edad Moderna es la Edad de la Razón y de la Experiencia y quizás la Edad Contemporánea haya sido la Edad de la Técnica. Nuestro tiempo es considerado de la “posmodernidad”. Es *indefinible* porque se trata de la *revolución* de la historia humana más grande que se haya producido jamás.

3. El *tiempo actual* se abrió camino como continuación del gran

² Aunque la vida nos es difícil de definir, nos es imprescindible referirnos a ella porque vivimos. Algo análogo sucede en la Medicina.

³ En relación con el tema v., por ej., WALKER, N., “The Jurist in a Global Age” (a aparecer en VAN GESTEL, R.; MICKLITZ, H.-W. y RUBIN, E. L. [eds.], *Methodology in the New Legal World*, en *Edinburgh School of Law Research Paper* 2015/13, Cambridge; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580114, 25-7-2017; asimismo, <https://www.cambridge.org/core/books/rethinking-legal-scholarship/jurist-in-a-global-age/3AAC74254684700BE5977B4F81D6BCBF>, 25-7-2017, y VAN GESTEL, R. y otros, “Rethinking Legal Scholarship”, Cambridge University Press, Cambridge [febrero de 2017]; <https://doi.org/10.1017/9781316442906>, y <https://www.cambridge.org/core/books/rethinking-legal-scholarship/A0C487D72AF7D2627B7C2EB6A6A7D1C8>, 25-7-2017).

⁴ V., por ej., SAINT-SIMON, H. de, “Catecismo político de los industriales”, 2ª ed., trad. de Luis David de los Arcos, en *BIF*, Aguilar, Buenos Aires, 1964; MARX, K., “El capital. Crítica de la Economía Política”, 17ª reimp., trad. de W. Roces, 1982; STAMMLER, R., “Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia”, trad. de W. Roces, Reus, Madrid, 1929; “Archives de Philosophie du Droit”, ts. 26, “L’utile et le juste”, y 37, “Droit et économie”; GALLAGER, R., “In defense of moral economy”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 1, núm. 100, 2014, ps. 112/129. También cfr., por ej., la referencia a la esclavitud de ARISTÓTELES, “Política”, en *Obras* (rec.), trad. de Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1964, 1253 b/1254 a, p. 1416.

cuestionamiento de la objetividad, sobre todo de la verdad, impulsado por el pensamiento del siglo XIX. La Economía, la Sociología, la Antropología, la Filosofía y la Psicología produjeron ataques que conmocionaron la firme referencia a una verdad objetiva que predominaba en la Edad Moderna. El enorme reto nietzscheano contra la verdad objetiva fue uno de los cursos que en el siglo XX impulsaron la crisis de ese valor. No se ha hablado de “la verdad” y cada uno ha pensado en “su verdad” y “la verdad de los demás”.

En los comienzos de la vigésima centuria Albert Einstein abrió el sendero a la conmoción de ideas que se consideraron incommovibles con la “relatividad”⁵. El 6 de agosto de 1945 el estallido de la primera bomba en Hiroshima, que mató o hirió gravemente en un solo día a alrededor de 150.000 personas, hizo que la ciencia perdiera su “halo de santidad”⁶. El siglo XX vivió grandes avances de la Astronomía estelar y sus novedades combinadas con el acceso al “mundo exterior”, de las décadas de sus años 50 y 60, hicieron apreciar mejor la magnitud del universo, la pequeñez y la fragilidad de nuestro planeta y la al menos relativa excepcionalidad de nuestra especie⁷. Entre 1957 y 1962 comenzó a utilizarse la palabra “informática” para mencionar las Ciencias de la Computación, que lograrían una enorme revolución de la información⁸. El 14 de abril de 2003 se anunció el mapeo de gran parte del *genoma humano*, que permite pensar en enormes cambios

⁵ V., por ej., “Elementary Einstein”, Einstein Online, <http://www.einstein-online.info/elementary>, 18-7-2017; RUSSELL, B., “El ABC de la relatividad”, trad. de Manuel Simas, Compañía General Fabril Editora, Buenos Aires, 1963.

⁶ “6 y 9 de agosto de 1945: Se lanzan las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki”, Educarchile, <http://www.educarchile.cl/ech/pro/app/detalle?ID=130283>, 18-7-2017.

⁷ V. EINSTEIN, A., “El sentimiento cósmico religioso”, en HEISENBERG, W. y otros, WILBER, K. (ed.), *Cuestiones cuánticas*, 10ª ed., trad. de Pedro de Casso, Kairós, Barcelona, 2007, ps. 155/160. En cierto sentido se puede *ampliar* en CIURO CALDANI, M. Á., “Un Bioderecho cosmológico. El hombre como protagonista jurídico de la vida en el cosmos”, en *Jurisprudencia Argentina* 2011-IV, XIII Número Especial de Bioética, coordinador Pedro F. Hooft, ps. 4/15. En cuanto a la relación, que algunos conciben tensa, entre *gea* y *cosmos* v., por ej., FIGOLIS, F., “Cosmos y Gea”, Kairós, Barcelona, 2007 (se puede cfr. en *Cosmos y Gea*, <http://cosmosygea.blogspot.com.ar/>, 19-7-2017).

⁸ Sobre todo por obra inicial del alemán Karl Steinbuch.

en la salud y la evolución de nuestra especie. La extensión de las expectativas de vida se viene haciendo impresionante. Se van desarrollando la *liberación de eros* y la crisis del “superyó”, y los modelos de familia son diversos y muy distintos de los tradicionales. Los nuevos medios de comunicación, la robótica, la nanotecnología, las neurociencias⁹ y la frecuente desmaterialización de la riqueza son otros de los despliegues del mayor cambio jamás conocido¹⁰.

En el nuevo tiempo el sistema capitalista, en gran medida radicalizado, presenta un “hombre unidimensional” según los desenvolvimientos de la Economía¹¹. Conforme con lo anunciado por Karl Marx y Friedrich Engels, todo se va convirtiendo en “mercancía”, hasta en lo más profundo de la humanidad¹². Es posible que los seres humanos lleguemos a ser planificados genéticamente según las necesidades del mercado. Una frecuente tensión conflictúa a la *Economía* y al *mercado* con la *democracia* y los *derechos humanos*¹³. El mercado y la democracia tienden a hacer predominar la habilidad para convencer sobre la “verdad”, con retorno a las posiciones sofistas. Impera una “sociedad de consumo”, con seres humanos producidos para ella. Riquezas enormes son distribuidas con una conmovedora desigualdad y grandes partes de la humanidad viven en la *pobreza extrema*. De cierto modo, se hace realidad la “concentración del capital”. El tráfico de armas y de drogas y los desvíos farmacéuticos tienen enorme poder. Una grave contaminación ambiental “enferma al planeta”.

4. El *espacio* de nuestro tiempo es escenario de una tensión particularmente intensa entre lo particular y lo universal. Parece que, pese a avances y retrocesos, la globalización/marginación, que incluye a

⁹ Cfr. BUBLITZ, J. C., “Freedom of thought in the age of neuroscience”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 100, 1, 2014, ps. 1/25.

¹⁰ Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, M. Á., “Estudios de Historia del Derecho”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

Nuevas posibilidades se abren, por ej., con la *Telemedicina* y la *Teleabogacía*.

¹¹ MARCUSE, H., “El hombre unidimensional”, trad. de Antonio Elorza, Seix Barral, Barcelona, 1969.

¹² MARX, K. y ENGELS, F., “Manifiesto del Partido Comunista”, Archivo Marx-Engels, <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>, 23-7-2017.

¹³ En relación con el tema es posible v. HABERMAS, J., “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, trad. de José Luis Etcheverry, Cátedra, Madrid, 1999.

muchos millones de seres humanos y excluye a otros muchos, tiene fuertes posibilidades de vencer. Entre los motivos que permitirían afirmarlo se encuentran el uso generalizado de la lengua inglesa y la presencia absorbente de muchos millones de nuevos consumidores y productores en el continente asiático. Los “no lugares” tienen muy frecuente presencia en nuestras vidas.

5. En el despliegue *personal*, pese a las declaraciones de derechos y al alto valor que debemos asignar a la dignidad humana, la situación descrita podría poner en cuestión, con diversos sentidos valiosos y “disvaliosos”, la subsistencia del ser humano que conocemos hoy¹⁴.

Grandes conflictos culturales, que a menudo esconden poderosos intereses económicos, se manifiestan con frecuencia en *agresiones militares y actos terroristas*.

II. La propuesta de la teoría trialista del mundo jurídico

6. El campo que puede y a nuestro parecer debe adjudicarse al Derecho es amenazado principalmente por las complicaciones de planteos referidos a las ciencias sociales y “humanas”, como las escuelas críticas y el análisis económico del Derecho¹⁵, y por otras que mezclan

¹⁴ Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, M. Á., “Un tema para debatir: la selección de la especie humana en una nueva era histórica”, en *Bioética y Bioderecho*, núm. 5, ps. 23/25.

¹⁵ Cabe cfr., por ej., COASE, R. H., “The Problem of Social Cost”, en *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, octubre de 1960, ps. 1/44; JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf>, 24-7-2017; CALABRESI, G., “Ideals, beliefs, attitudes and the law”, Syracuse University Press, Syracuse, 1985; POSNER, R. A., “The Economics of Justice”, 6ª ed., Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-Londres, 1996; “El análisis económico del Derecho”, 2ª ed., trad. de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 2008; MERCADO PACHECO, P., “El análisis económico del Derecho (una reconstrucción teórica)”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; DURÁN Y LALAGUNA, P., “Una aproximación al análisis económico del Derecho”, Comares, Granada, 1992; KLUGER, V. (comp.), “Análisis económico del Derecho”, Heliasta, Buenos Aires, 2006 (es posible cfr. reseña de Matías Irigoyen Testa en *Estudios económicos*, vol. 25, núm. 50, Bahía Blanca, enero de 2008; http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2525-129-52008001100004&lng=es&nrm=iso, 24-7-2017). Asimismo, se puede cfr., por ej., “*coase theorem*”, Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Coase_theorem, 24-7-2017.

positividades y valores, como la teoría que sostiene que la injusticia extrema “no es” Derecho. El papel asignado a los economistas tiende a desplazar al rol de los juristas.

Cuando Hans Kelsen intentó la reducción normativista conocida como “Teoría pura del Derecho” lo que a nuestro parecer podemos considerar objeto de la ciencia jurídica era amenazado, como ahora, por avances de las ciencias sociales y “humanas”, como la Sociología, la Economía, la Antropología, la Biología, la Psicología, etcétera, e incluso por el Derecho natural. Sin embargo, a nuestro parecer la simplificación de la pretendida purificación kelseniana no está en condiciones de resolver el problema, no sólo porque no es consecuente¹⁶, sino porque los valores están siempre presentes, sobre todo si se adoptan modelos como el del Código Civil y Comercial (v. gr., arts. 1º y 2º).

7. Cabe preguntarse sobre la supervivencia del papel de los juristas y cuáles son los alcances que en su caso corresponden a su tarea¹⁷. A nuestro parecer, para lograr una respuesta satisfactoria es necesario contar con un modelo de construcción¹⁸ del mundo jurídico como el que, dentro del *tridimensionalismo* referido a hechos, lógica y valores, propone la *teoría trialista del mundo jurídico*¹⁹.

Creemos valioso afirmar con Werner Goldschmidt, fundador del trialismo, que “jurista es quien a sabiendas reparte con justicia” y pensamos que la justicia es un valor de realización imprescindible para el equilibrio del mundo, no sólo del futuro inmediato sino del

¹⁶ Dado que la realidad social es al menos referencia necesaria de la norma hipotética fundamental.

¹⁷ Cabe *ampliar* en CIURO CALDANI, M. Á., “El Derecho y la humanidad en el siglo XXI”, Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, Córdoba, 1999, ps. 905/920.

¹⁸ Es posible v. GUIBOURG, R. A., “La construcción del pensamiento”, Colihue, Buenos Aires, 2004.

¹⁹ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico se puede cfr. GOLDSCHMIDT, op. cit., v. gr., 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987; “La ciencia de la justicia. Dikelogía”, Aguilar, Madrid, 1958 (2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986); CIURO CALDANI, M. Á., “Derecho y Política”, Depalma, Buenos Aires, 1976; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

porvenir²⁰. Utilizando palabras finales de Lyotard en “La condición posmoderna” cabe decir que se ha de apuntar a una política en la cual serán igualmente respetados el deseo de *justicia* y de lo *desconocido*²¹.

El tiempo que nos toca vivir plantea grandes retos que requieren la construcción del objeto jurídico mediante la *integración* de esas *dimensiones* y su apertura a *diversas interdisciplinariedades*²².

8. Dentro de la propuesta tridimensionalista, la construcción compleja del integrativismo trialista, que nos parece el desenvolvimiento más satisfactorio²³, puede ser referida en un despliegue “estático” y otro “dinámico”.

El despliegue estático sostiene que es satisfactorio incluir repartos²⁴ de “potencia” e “impotencia” (es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida humana; *dimensión sociológica*), captados de manera lógica por normas que los describen e integran (*dimensión normológica*) y valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*²⁵).

²⁰ GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., p. VII (s/n).

²¹ LYOTARD, J.-F., “La condición posmoderna”, 2ª ed., trad. de Mariano Antolín Rato, Cátedra, Madrid, 1991, p. 119.

²² En cuanto a la noción de interdisciplinariedad es posible cfr. diversas opiniones en “Interdisciplinarity Defined”, Ohio University, Ohio, <https://www.ohio.edu/finearts/interarts/about/interdisciplinarity.cfm>, 20-7-2017; “Interdisciplinarity. Survey Report for the Global Research Council 2016 Annual Meeting” (mayo de 2016), Research Councils UK, Global Research Council, http://www.globalresearchcouncil.org/sites/default/files/pdfs/Interdisciplinarity%20Report%20for%20GRC_DJS%20Research.pdf, 20-7-2017. Se pueden cfr., v. gr., “Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques. Droit en contexte”, en http://centres.fusl.ac.be/RIEJ/document/RIEJ/RIEJ/La_RIEJ.html, 19-7-2017; Interdisziplinäres Programm für rechtswissenschaftliche Forschung der Bucerius Law School, Bucerius Law School – Deutsch, <https://www.law-school.de/deutsch/lehre-forschung/interdisziplinaeres-programm-fuer-rechtswissenschaftliche-forschung/>, 18-7-2017; Centro de Estudios Interdisciplinarios, Universidad Nacional de Rosario, <http://www.unr.edu.ar/cei>.

²³ En parte diferente del que sostuvo Werner Goldschmidt.

²⁴ La palabra “reparto” es utilizada en traducciones de Aristóteles; v., por ej., ARISTÓTELES, “Ética nicomáquea”, V, 5 y 6, 1133b, 1134b, en op. cit., p. 1234.

²⁵ La palabra “dikelogía” fue empleada, con un sentido relativamente diverso, por J. Althusius (“Dicaeologica”, Libri Tres, “Totum & universum Jus, quo utimur, methodicè complectentes” [1617], 2ª ed., Corvini, Frankfurt, 1649; Bayerische Staatsbibliothek Digital, http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10519424_00001.html, 10-7-2017).

La referencia a la justicia contribuye a dejar abierto un sendero no utilitario, no economicista, pero integrado con la utilidad, hacia la *humanidad*, que consideramos como plenitud de nuestro ser el más elevado de los valores a nuestro alcance.

Esos despliegues *comunes* a todo lo jurídico se *especifican* en sus alcances y sus situaciones. Los alcances se particularizan en lo material, espacial, temporal y personal y las situaciones pueden ser de aislamiento, coexistencia de respuestas independientes, dominación, integración y desintegración.

El enfoque dinámico incluye avances (plusmodelación), retrocesos (minusmodelación) y sustitución de las respuestas; el funcionamiento jurídico, considerable desde las normas, los repartos y los valores, y la estrategia.

Todos esos despliegues dejan abiertos caminos de *diálogo interdisciplinario* con otros campos de la cultura.

A) Despliegue estático

1) El mundo jurídico

a) Parte general

a') Dimensión sociológica

9. La dimensión sociológica del mundo jurídico abarca *adjudicaciones* de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la *vida humana*.

Aunque son difíciles de delimitar, cabe decir que las adjudicaciones pueden ser *distribuciones* o *repartos*. Las distribuciones son originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Las influencias humanas difusas son motivadas por la Economía, la Religión, la Lengua, la Ciencia, la Técnica, el Arte, la Educación, el sistema cultural, etcétera. Los repartos, despliegue principalmente relevante de la dimensión sociológica, son producidos por la conducta de seres humanos determinables.

Las distribuciones de la naturaleza abarcan condiciones de la Geografía, la Biología, la Demografía, etcétera. Las distribuciones de la Economía son motivadas por las situaciones de producción, distribu-

ción y consumo, las condiciones de las clases sociales, etcétera. Las de la Religión surgen, por ejemplo, de las diversas actitudes que ante la vida social tienen el verticalismo descendente del catolicismo y el carácter más plano del calvinismo; la mayor aceptación de la pobreza que plantea el catolicismo y la simpatía por la riqueza que asume el calvinismo. Las religiones influyen en actitudes ante el aborto, la reproducción asistida en general, el divorcio vincular, etcétera. Una lengua es también una concepción del mundo. Es distinta la potencia y la impotencia que se tiene si se habla una lengua “central” como el inglés, otra como el castellano u otra como el mapuche. Mucho dependen la potencia y la impotencia de las disponibilidades científicas y técnicas, del nivel de educación (con diversos grados y tipos de alfabetización), etcétera. En países como la Argentina es relevante la juridicidad que puede construirse desde el sector hispánico tradicional, más católico, paternalista, intervencionista y romántico o el sector anglofrancés, más próximo a la Reforma, abstencionista e “ilustrado”²⁶.

Para comprender los *repartos* es necesario conocer quiénes son los repartidores, es decir, los conductores; quiénes son los beneficiarios o gravados; cuáles son los objetos, o sea, las potencias e impotencias que se reparten; de qué manera se produce la forma, el camino previo para alcanzar los repartos (por ej., de proceso, negociación, etc.), y cuáles son las razones, es decir, los móviles de los repartidores, sus alegaciones y las razones que atribuye la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos. Los repartos pueden producirse por *autoridad* o *autonomía*; en *orden* (régimen) planificado o ejemplar, o *desorden*.

Las *categorías básicas* de la dimensión sociológica son la causalidad, la finalidad “objetiva” (qué “encontramos” en los acontecimientos), la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad. Todas, menos la finalidad subjetiva, se refieren a la plenitud inabarcable de sus manifestaciones, es decir, son “*pantónomas*” (*pan* = todo; *nomos* = ley

²⁶ Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, M. Á., “Bases culturales del Derecho argentino”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 27, 2004, ps. 113/126.

que gobierna) y como no podemos manejarlas con esa magnitud tenemos que fraccionarlas produciendo certeza. Los repartos son exitosos cuando la finalidad subjetiva logra realizarse en las otras categorías.

10. Los despliegues de la dimensión sociológica abren camino a *horizontes* con posibilidades de desarrollos interdisciplinarios que incluyen la Geografía, la Biología, la Demografía, la Economía, la Religión, la Lingüística, la Ciencia, la Técnica, el Arte, la Educación, etcétera. Si se hace referencia a “distribuciones” y “repartos” con contenidos tomados de esas disciplinas se está en el campo de la juridicidad, de lo contrario se está en el ámbito de los saberes distintos. Las posibilidades de diálogo equilibrado con otras disciplinas de caracteres sociológicos poseen alta significación.

Los *desafíos* que se presentan en la dimensión sociológica en la nueva era son enormes. Es necesaria una conciencia jurídica especialmente lúcida.

b') *Dimensión normológica*

11. El trialismo considera también imprescindible la intervención de la *Lógica* que dé más claridad a los despliegues sociológicos y valorativos. De aquí que comparta la referencia a la dimensión normológica. Entre las diversas posibilidades de *captaciones lógicas* de los repartos construye la noción de *norma* como la captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el punto de vista de un tercero. Esta referencia al punto de vista de un tercero permite asegurar el *cumplimiento* del reparto proyectado que se capta. Para el trialismo el cumplimiento de la captación normativa en la vida de las personas posee gran importancia; cuando se logra, la norma es considerada exacta.

Las *fuentes* de las normas son reales o de conocimiento. Las fuentes reales son materiales, los repartos proyectados captados, y formales, las autobiografías (relatos) de las normas hechas por los propios repartidores. Las fuentes formales son, por ejemplo, constituciones formales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, resoluciones administrativas, contratos, testamentos, etcétera. Las fuentes de conocimiento constituyen la doctrina. Las normas realizan sus captaciones lógicas a través de *conceptos* que dan nitidez a los repartos captados

y les incorporan sentidos con referencia a los cuales se suele desenvolver la vida²⁷. El *ordenamiento normativo* es la captación lógica de un orden de repartos.

12. Los despliegues de las normatividades abren caminos con posibilidades interdisciplinarias a los *horizontes* de la Lógica, la Metodología y la Lingüística²⁸. Si se considera la Lógica con conceptos normativos se está en el campo del mundo jurídico, de lo contrario en las otras disciplinas.

Los *desafíos* que se presentan en la dimensión normológica en la nueva era son también muy relevantes. Es necesario que la Lógica esclarezca y no atrape el nuevo tiempo.

c') *Dimensión dikelógica*

13. La dimensión de la construcción del mundo jurídico referida a los valores, que podría denominarse axiología, es llamada específicamente dikelógica porque el valor considerado superior es la justicia y Diké era una de las divinidades griegas relacionadas con ella.

Las *relaciones* entre los valores pueden ser legítimas o ilegítimas, con referencia a las jerarquías que se les atribuyen. Las primeras son de coadyuvancia por contribución ascendente y descendente, de integración en el mismo nivel y de oposición legítima, por sustitución. El poder y la justicia pueden contribuir, desde su respectiva inferioridad y superioridad, en la actividad judicial. La justicia y la utilidad, valores a los que suele otorgarse el mismo nivel, deben relacionarse legítimamente en integración; es difícil realizar una sin la otra. Cuando elegimos una profesión podemos personalizarnos en sustitución mediante la justicia en la Abogacía, la salud en la Medicina, etcétera. Las vinculaciones de oposición ilegítima pueden ser de subversión de los valores inferiores, de inversión de los valores superiores o de arrogación del material que corresponde a un valor por otro que tendría el mismo nivel. A veces el poder policial se subvierte contra la justicia; en ciertos

²⁷ El concepto "matrimonio" lo delimita del concubinato y de la unión civil y hace que en principio se viva esa matrimonialidad, aunque luego la realidad la desmienta.

²⁸ Dentro de la Lingüística se suele ubicar a la Gramática, también de gran valor en la interdisciplina con el Derecho.

casos la justicia debilita sus bases de poder y a menudo en la sociedad capitalista actual la utilidad se *arroga* el espacio que corresponde a otros valores como la justicia, la verdad, la belleza, etcétera. El papel de los juristas depende en mucho del lugar del valor justicia.

Se consideran además las *clases* de justicia, abarcando, por ejemplo, la *de partida*, que proyecta lo existente, y la *de llegada*, que sacrifica lo existente en aras de lo que vendrá. La justicia de llegada se relaciona especialmente con el progreso.

En el mundo jurídico la justicia tiene como material estimativo la inabarcable *totalidad* de las adjudicaciones y las normas (es pantónoma)²⁹. Tenemos que fraccionarla cuando no podemos saber o hacer más, produciendo *seguridad jurídica*. Así, por ejemplo, en un examen debemos fraccionar y calificar cuando ya no es posible seguir averiguando el saber de los alumnos, no antes. Los juristas de la nueva era, cargada de enormes novedades, tienen que recorrer los senderos de la pantonomía y el fraccionamiento con especial consideración.

En cuanto al *contenido* de la justicia, de determinación especialmente discutible, el trialismo propone como *principio supremo*³⁰ adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para *desarrollarse plenamente*, para personalizarse. En la aplicación de este contenido a los repartos aislados y el régimen hay, verbigracia, relevantes tensiones entre la legitimación por *autonomía* del acuerdo de todos los interesados, la “paraautonomía” del acuerdo de todos en cuanto a quiénes han de repartir (por ej., en el arbitraje), la “infraautonomía” del acuerdo de la mayoría (v. gr., en la democracia), la “criptoautonomía” del acuerdo que darían los interesados en caso de conocer el reparto (manifestada, por ej., con frecuencia en la gestión de negocios ajenos sin mandato) y la “aristocracia” surgida de la superioridad moral, científica o técnica. La nueva era exhibe importantes vinculaciones entre la autonomía, la infraautonomía, la criptoautonomía y la aristocracia. ¿Cuáles son los alcances del acuerdo de los interesados, la democracia, la referencia a lo que querrían los seres humanos del

²⁹ Sólo accidentalmente se ocupa de las virtudes y los vicios. La moral se refiere a las virtudes y los vicios y sólo accidentalmente de las adjudicaciones.

³⁰ En nuestro caso nos referimos a una construcción. Goldschmidt consideraba, en cambio, que la justicia es un valor objetivo y natural.

porvenir y la superioridad científica y técnica en un tiempo tan difícil de reconocer? Asimismo, es muy relevante, verbigracia, la justicia del reparto a través de la *forma* de *audiencia*, ¿pero cómo se concreta la audiencia con los seres humanos del porvenir? Para ser justo, el *régimen* ha de tomar a cada individuo como un *fin en sí*, debe ser *humanista*. Debe proteger al individuo contra todas las amenazas de los demás individuos como tales y como régimen; excepcionalmente de él mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.).

14. La referencia a la dimensión dikelógica abre el sendero para *horizontes* con posibilidades interdisciplinarias en la Moral y la Filosofía de la Justicia.

Los caminos de justicia en cuanto a los repartos aislados y el régimen, las normas y el ordenamiento son despliegues a los que los juristas han de brindar, quizás más que nunca, alta consideración.

b) *Parte especial*

15. Los alcances *materiales* de las especificidades se configuran en *ramas jurídicas*, sectores del Derecho caracterizados por particularidades socio-normo-dikelógicas que se identifican principalmente por principios de justicia propios. Así, por ejemplo, el Derecho del Trabajo se reconoce en la dimensión sociológica por la situación de inferioridad del trabajador, en la dimensión normológica por realizaciones específicas, como los convenios colectivos de trabajo, y en la dimensión dikelógica por el principio supremo de protección del trabajador.

Entre las ramas más tradicionales figuran el Derecho Constitucional, Internacional, Administrativo, Penal, Civil, Comercial, del Trabajo, Procesal, etcétera. Los requerimientos de un nuevo tiempo, en gran parte referidos a la condición humana, reclaman ramas de *nueva consideración*, como el Derecho de la Salud, de Niños, Niñas y Adolescentes; de la Ancianidad (a veces llamado de la Vejez), de la Ciencia y la Técnica, del Arte, de la Educación, del Deporte, Ambiental, de la Integración, etcétera. Del complejo de las ramas se ocupa la Teoría General del Derecho “abarcadora”, que incluye la intermaterialidad.

16. Las ramas del mundo jurídico encuentran *horizontes* con muy importantes posibilidades interdisciplinarias en las ramas del mundo político.

17. Las especificidades *espaciales* se muestran, por ejemplo, en el Derecho Comparado; las *temporales* se expresan, verbigracia, en la Historia del Derecho y las *personales* se manifiestan en la Antropología Jurídica.

Son importantes la interespacialidad, la intertemporalidad y la interpersonalidad. También la comprensión integrada de las especificidades.

18. Los *horizontes* con posibilidades interdisciplinarias de esas últimas especificidades son respectivamente la Cultura Comparada, la Historia y la Antropología.

19. El *horizonte* completo de toda la Teoría General del Derecho o Filosofía Jurídica Menor, referida sólo al Derecho, es la Filosofía del Derecho o Filosofía Jurídica Mayor, que integra el Derecho en el mundo en general.

Se trata de una problemática que los juristas de la nueva era han de atender de manera intensa.

2) *El horizonte de la teoría trialista del mundo político*

20. La construcción de la teoría trialista del mundo jurídico que proponemos encuentra un horizonte tridimensional del mismo nivel en el integrativismo tridimensionalista de la *teoría trialista del mundo político*. Desde el punto de vista estático, esta teoría se refiere a actos de coexistencia (*dimensión sociológica*) captados por normas que los describen e integran (*dimensión normológica*) y valorados, los actos y las normas, por el complejo de los valores de convivencia (*dimensión axiológica*). La convivencia es la coexistencia valiosa. Estos despliegues comunes se especifican en alcances y situaciones. Los alcances materiales constituyen *ramas* del mundo político identificables al fin por valores de convivencia y por referencias a su conjunto. Se encuentran así la política jurídica (Derecho, valor justicia), económica (utilidad), sanitaria (salud), científica y técnica (verdad), artística (belleza), educacional (de desarrollo sistemático de los valores), de seguridad (de fraccionamientos) y cultural general (dirigida al conjunto de las ramas como tal).

21. Las ramas del mundo jurídico encuentran *horizontes* con posibilidades interdisciplinarias en las otras ramas del mundo político. Por ejemplo: el Derecho tiene posibilidades interdisciplinarias en la política económica, sobre todo cuando se trata de ramas como el Derecho Comercial; el Derecho de la Salud tiene más oportunidades interdisciplinarias en la política sanitaria, etcétera.

Al fin, la integración trialista abre posibilidades interdisciplinarias con horizontes de *toda la cultura*.

Estos horizontes son requerimientos irrenunciables para los juristas de la nueva era.

B) *Despliegue dinámico*

22. Desde el punto de vista dinámico cabe considerar el *funcionamiento* del mundo jurídico, encarable desde las *normas*, los *repartos* y los *valores*.

La perspectiva *funcional* de las normas incluye tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis y se despliega en un funcionamiento formal y otro conjetural. Al fin resolvemos la mayoría de los casos conjeturando los funcionamientos posibles. El nuevo tiempo presenta una enorme *laguna* normativa que requiere un gran esfuerzo “integrador” (de elaboración) para colmar sus múltiples desafíos. En muchos casos las bases normativas actuales no son aceptables para resolver la novísima problemática que deben afrontar los juristas de la nueva era. El funcionamiento de las normas jurídicas se relaciona estrechamente con el horizonte del funcionamiento del resto de las normas políticas y el de la cultura en general. Las tareas respectivas se hacen particularmente tensas cuando se desenvuelven en un tiempo casi inimaginable.

En la perspectiva de los *repartos*, el funcionamiento abarca la referencia a la realidad, en especial a los *límites* voluntarios y necesarios, y la toma de *decisiones*. Los límites necesarios pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos, socioeconómicos y vitales. Los límites vitales se producen en las cuestiones donde se juega en sentido genérico la vida, casos en los cuales los repartos son replanteados, sea con resultados de mantenimiento o cambio de lo proyectado. La nueva

era pone a los juristas ante límites necesarios muy relevantes, por ejemplo, en cuanto a las dificultades psíquicas para la apropiada comprensión de los problemas y los cuestionamientos vitales.

En cuanto a los *valores*, el despliegue funcional abarca su asunción (quizás mejor construcción), aplicación y efectivización. Grandes serán los desafíos de los juristas en el funcionamiento de los valores en la nueva era.

23. El despliegue dinámico incluye, además, la *estrategia jurídica*, especialmente dificultosa en una nueva era, y sus *horizontes de estrategia política* y al fin de *cultura general*. La estrategia ha de valerse de tácticas adecuadas, ordenando debidamente los medios a los fines³¹. Una estrategia acertada ha de considerar las fortalezas, las oportunidades, las debilidades y las amenazas³²; los costos y los beneficios; el propio fortalecimiento, el relacionamiento y el enfrentamiento. Cabe referir, por ejemplo, el enfrentamiento ofensivo y defensivo, integral o parcial y frontal o lateral. A veces la táctica se desenvuelve con una dinámica de guerrilla. Mucho depende del apoyo logístico. Los juristas del nuevo tiempo han de ser estrategias calificados.

III. Conclusión

24. La presencia de *juristas* ubicados en la riqueza del *trialismo*, al fin orientados a la realización del valor *justicia*, es especialmente *imprescindible* en la *nueva era* que comenzamos a recorrer.

Los despliegues integradores e interdisciplinarios, tanto más cuando adquieren caracteres jusfilosóficos como los de la teoría trialista, brindan una *apertura mental* que enriquece todos los *desempeños* de los juristas, como profesionales, magistrados³³, legisladores, administradores, investigadores y docentes y, al fin, como seres humanos. A los

³¹ Se puede *ampliar* en CIURO CALDANI, M. Á., “Estrategia Jurídica”, UNR Editora, Rosario, 2011; Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>, 21-7-2017.

Cfr. asimismo diversos trabajos sobre Estrategia Jurídica en los núms. 46, 47 y 51 de *Investigación y Docencia*.

³² V., por ej., Matriz Foda, <http://www.matrizfoda.com/dafo/>, 21-7-2017.

³³ V. GARRIDO GÓMEZ, M. I., “The contribution of judges to society”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 101, núm. 3, 2015, ps. 332/353.

juristas les corresponde contribuir al desarrollo del nuevo tiempo desde el *jurianálisis* integrado e interdisciplinario de las personas.

La referencia trialista es un modelo de gran valor para integrar y nutrir toda la *educación jurídica*, en grado, en posgrado y en la población en general, viabilizando mejor el ideal de la formación y la creatividad permanentes de la sociedad. El trialismo afirma la *autonomía pedagógica* del Derecho como manera muy calificada de comprender y realizar la vida, de comprender y realizar la humanidad.

Bibliografía

- ALTHUSIUS, Johannes, “Dicaeologica”, Libri Tres, “Totum & universum Jus, quo utimur, methodicè complectentes” (1617), 2ª ed., Frankfurt, Corvini, 1649; Bayerische Staatsbibliothek Digital, http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10519424_00001.html, 10-7-2017.
- “Archives de Philosophie du Droit”, ts. 26, “L’utile et le juste”, y 37, “Droit et économie”.
- ARISTÓTELES, “Ética nicomáquea”, en *Obras* (rec.), trad. de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964.
- “Política”, en *Obras* (rec.), trad. de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964.
- BOCCHI, Gianluca y CERUTI, Mauro (recops.), “La sfida della complessità”, 10ª ed., trad. de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, Milano, Feltrinelli, 1997.
- BUBLITZ, Jan Cristoph, “Freedom of thought in the age of neuroscience”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 100 (1), 2014, ps. 1/25.
- CALABRESI, Guido, “Ideals, beliefs, attitudes and the law”, Syracuse, Syracuse University Press, 1985.
- Centro de Estudios Interdisciplinarios, Universidad Nacional de Rosario, <http://www.unr.edu.ar/cei>.
- Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org/>, 20-7-2017.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases culturales del Derecho argentino”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* (núm. 27), 2004, ps. 113/126.
- “Derecho y Política”, Buenos Aires, Depalma, 1976.

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho y la humanidad en el siglo XXI”, Córdoba, Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, 1999, ps. 905/920.
- “El trialismo. Filosofía Jurídica de la complejidad pura”, en El Derecho, t. 126, 1988, ps. 884/898.
- “Estrategia jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011; Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>, 21-7-2017.
- “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- “Un Bioderecho cosmológico. El hombre como protagonista jurídico de la vida en el cosmos”, en Jurisprudencia Argentina 2011-IV, XIII Número Especial de Bioética, coordinador Pedro F. Hooft, ps. 4/15.
- “Un tema para debatir: la selección de la especie humana en una nueva era histórica”, en Bioética y Bioderecho (núm. 5), 2000, ps. 23/25.
- COASE, R. H., “The Problem of Social Cost”, en The Journal of Law & Economics, vol. 3, octubre de 1960, ps. 1/44; JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf>, 24-7-2017.
- DABOVE, María Isolina, “El Derecho como complejidad de ‘saberes’ diversos”, en Cartapacio (núm. 4), Sección Conferencias y Disertaciones, 2003.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, “Una aproximación al análisis económico del Derecho”, Granada, Comares, 1992.
- EINSTEIN, Albert, “El sentimiento cósmico religioso”, en HEISENBERG, Werner y otros, WILBER, Ken (ed.), *Cuestiones cuánticas*, 10ª ed., trad. de Pedro de Casso, Barcelona, Kairós, 2007.
- FIGOLIS, Francesc, “Cosmos y Gea”, Barcelona, Kairós, 2007; Cosmos y Gea, <http://cosmosygea.blogspot.com.ar/>, 19-7-2017.
- GALATI, Elvio Diego, “La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades”, tesis doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 26-4-2010.
- GALLAGER, Robert, “In defense of moral economy: Marx’s criticism of Aristotle’s theory of value”, en Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, vol. 1 (núm. 100), 2014, ps. 112/129.

- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, “The contribution of judges to society”, en Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 101 (núm. 3), 2015, ps. 332/353.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- “La ciencia de la justicia. Dikelogía”, Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986).
- GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Buenos Aires, Colihue, 2004.
- HABERMAS, Jürgen, “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, trad. de José Luis Etcheverry, Madrid, Cátedra, 1999.
- “Interdisciplinarity Defined”, Ohio, Ohio University, <https://www.ohio.edu/finearts/interarts/about/interdisciplinarity.cfm>, 20-7-2017.
- “Interdisciplinarity. Survey Report for the Global Research Council 2016 Annual Meeting” (mayo de 2016), Research Councils UK, Global Research Council, http://www.globalresearchcouncil.org/sites/default/files/pdfs/Interdisciplinarity%20Report%20for%20GRC_DJS%20Research.pdf, 20-7-2017.
- Interdisziplinäres Programm für rechtswissenschaftliche Forschung der Bucerius Law School, Bucerius Law School – Deutsch, <https://www.law-school.de/deutsch/lehre-forschung/interdisziplinaeres-programm-fuer-rechtswissenschaftliche-forschung/>, 18-7-2017.
- KLUGER, Viviana (comp.), “Análisis económico del Derecho”, Buenos Aires, Heliasta, 2006.
- LYOTARD, Jean-François, “La condición posmoderna”, 2ª ed., trad. de Mariano Antolín Rato, Madrid, Cátedra, 1991.
- MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. de Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1969.
- MARX, Karl, “El capital. Crítica de la Economía Política”, 17ª reimp., trad. de W. Roces, 1982.
- MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, “Manifiesto del Partido Comunista”, Archivo Marx-Engels, <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>, 23-7-2017.
- MERCADO PACHECO, Pedro, “El análisis económico del Derecho (una reconstrucción teórica)”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, 7ª reimp., trad. de Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 2004.

- POSNER, Richard A., “El análisis económico del Derecho”, 2ª ed., trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- “The Economics of Justice”, 6ª ed., Cambridge, Massachusetts-Londres, Harvard University Press, 1996.
- “Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques. Droit en contexte”, en http://centres.fusl.ac.be/RIEJ/document/RIEJ/RIEJ/La_RIEJ.html, 19-7-2017.
- RUSSELL, Bertrand, “El ABC de la relatividad”, trad. de Manuel Simas, Buenos Aires, Compañía General Fabril Editora, 1963.
- SAINT-SIMON, Henri de, “Catecismo político de los industriales”, 2ª ed., trad. de Luis David de los Arcos, en BIF, Buenos Aires, Aguilar, 1964.
- STAMMLER, Rudolf, “Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia”, trad. de W. Roces, Madrid, Reus, 1929.
- VAN GESTEL, Rob y otros, “Rethinking Legal Scholarship”, Cambridge, Cambridge University Press, febrero de 2017; <https://doi.org/10.1017/9781316442906>, y <https://www.cambridge.org/core/books/rethinking-legal-scholarship/A0C487D72AF7D2627B7C2EB6A6A7D1C8>, 25-7-2017.
- WALKER, Neil, “The Jurist in a Global Age” (a aparecer en VAN GESTEL, Rob; MICKLITZ, Hans-W. y RUBIN, Edward L. [eds.], *Methodology in the New Legal World*, en Edinburgh School of Law Research Paper 2015/13, Cambridge; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580114, 25-7-2017).

CONSIDERACIONES SOBRE DERECHO Y ARTE EN LA ALEMANIA DEL SIGLO XIX

APORTES JUSFILOSÓFICOS PARA UNA SISTEMATIZACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y EL ARTE¹

por JUAN IGNACIO CHIA²

A mis padres, por su biblioteca

¿Y si el arte nunca fuera más que el arte, forzosamente plural, singular, de aceptar la muerte, aceptar la existencia?

JEAN-LUC NANCY

SUMARIO: I. Nociones preliminares. 1. Introducción. 2. El Derecho. 2.1. Dimensión sociológica. 2.2. Dimensión normológica. 2.3. Dimensión dialógica. 3. El arte. 3.1. El problema de su definición y de su singularidad/pluralidad. 3.2. Puntos de gravedad. II. Modos de relación entre el Derecho y el Arte. 1. Enunciación. 2. Análisis. 2.1. Derecho del Arte. 2.2. Derecho en el Arte. 2.3. Derecho como Arte. 2.4. Derecho y Arte como expresiones de la conciencia histórica de una época. III. El Derecho y el Arte como expresiones de la conciencia histórica de una época: la Escuela histórica del Derecho y los primeros románticos alemanes. 1. Introducción. 2. Caracterización. 3. Manifestaciones en el plano jurídico: la Escuela histórica del Derecho. 4. Manifestaciones en el plano artístico: sinfilosofía/simpoesía. Conclusiones. Bibliografía.

¹ El presente artículo forma parte del trabajo de adscripción como auxiliar de investigación en el Área de Derecho del Arte del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (CIFJFS), Facultad de Derecho, UNR.

² Abogado (UNR). Aspirante adscripto en la Cátedra C de Filosofía del Derecho. Aspirante a auxiliar de investigación CIFJFS. Correo electrónico: juanignaciochia@outlook.com.

Resumen

El presente trabajo se propone contribuir al análisis de las vinculaciones entre el Derecho y el Arte, en las que uno y otro término se presentan como manifestaciones culturales pletóricas de significado y factores de peso en el despertar de la conciencia histórica de los pueblos, haciendo foco de manera particularizada en la Alemania del período de transición entre los siglos XVIII y XIX, en las manifestaciones en el plano jurídico, realizadas en el seno de la Escuela histórica del Derecho conformada por Hugo, Puchta y Savigny, entre sus principales exponentes; y en el literario, sobre todo, en la concepción que sobre la creación tenían los románticos tempranos, las cuales denotan un particular entendimiento acerca del quehacer humano.

Con ese fin, se partirá de la construcción del objeto de la ciencia del Derecho según la formulación que de él hace la propuesta formulada por el tridimensionalismo de la teoría trialista del mundo jurídico, conforme a las demandas de complejidad actuales.

Ambas disciplinas establecen un diálogo como complejidades puras; entendemos que los modos de relación entre ellas son Derecho del Arte, Derecho en el Arte, Derecho como Arte, y Derecho y Arte como expresiones de la conciencia histórica de una época.

Abstract

The present work aims to contribute to the analysis of the relationships between Law and Art, in which every term presents itself as a cultural manifestation full of meaning and as an important factor for the awakening of historical consciousness of the people, by focusing on Germany, especially on the transition period between 18th and 19th centuries. We consider the contributions made by the German Historical School of Jurisprudence, on the juridical level, and by early Romantics, on the literary level, since both indicate a singular way of understanding human endeavor.

For that purpose, we construct legal object according to the postulates formulated by the trialist theory of the juridical world, consistent with current requirements of complexity.

Both disciplines interact as pure complexities, in accordance with

the following paths: Art Law, Art in Law, Law as Art, and Law and Art as expressions of the historical consciousness of an age.

Palabras clave

Derecho. Arte. Romanticismo.

Keywords

Law. Art. Romanticism.

I. Nociones preliminares

1. *Introducción*

Creemos conveniente, previo a adentrarnos en el análisis de las relaciones que se pueden dar, y que de hecho se dan, entre el Derecho y el Arte, especificar qué es lo que cada término representa para nosotros, pues, de tal suerte, allanaremos el camino para reconocer continuidades y rupturas en el intenso diálogo que entre ellos mantienen, y podremos desentrañar el profundo significado de estas esferas del esfuerzo humano, así como del juicio que ellas emiten sobre nuestra condición.

A continuación desarrollaremos los aspectos de la teoría trialista del mundo jurídico que nos serán de mayor utilidad para nuestro trabajo, y esbozaremos un panorama, tomando posicionamiento de algunos interrogantes que plantea la problemática suscitada en torno a la definición de Arte y a su carácter singular o plural, o singular plural.

2. *El Derecho*³

La teoría trialista del mundo jurídico procura construir el objeto de la ciencia del Derecho mediante la integración de realidad social, normas y valor, logrando una complejidad pura en la que los tres despliegues, si bien diferenciables, se integran. Concebir el mundo

³ Sobre la propuesta del tridimensionalismo integrativista de la teoría trialista del mundo jurídico puede v., por ej., GOLDSCHMIDT, W., "Introducción al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1967, y CIURO CALDANI, M. Á., "Aportes iusfilosóficos para la construcción del Derecho", Zeus, Rosario, s/e, ps. 21 y ss.

jurídico como un fenómeno complejo nos lleva a intentar aprehender la complejidad y la riqueza de la vida humana, puesto que es para nosotros comprensible de suyo que ésta no se agota ni podría agotarse en la mera norma, como pretenden las corrientes juspositivas, ni en meras idealidades abstractas, según sostienen las teorías jusnaturalistas. Ésta es la razón por la cual pensamos que el trialismo es una teoría superadora de esta milenaria discusión⁴.

Esta postura más abarcadora en la que confluyen la realidad, la norma y los despliegues valorativos no afirma una complejidad impura, como podrían hacerlo las escuelas afiliadas a la crítica jurídica, en la que el objeto jurídico se “disuelve” en una pretendida interdisciplinarietà, puesto que, en los límites de su planteo tridimensional, el trialismo reconoce horizontes, sin perjuicio de que “estos ámbitos más allá del mundo jurídico no están separados de él por fronteras cerradas, sino que se trata de áreas claramente diferenciadas pero enriquecidas de manera recíproca”⁵.

Aunque Werner Goldschmidt se situaba en un realismo genético, posición acerca del origen de los objetos, desde una perspectiva antropocéntrica, conforme a la cual “el sujeto descubre el objeto”⁶, los desarrollos trialistas que lo sucedieron, ante la imposibilidad de demostrar esta postura, mantuvieron en suspenso esta cuestión merced al sostenimiento de una posición constructivista respecto de la justicia, es decir que “el objeto tendrá los alcances que nosotros le demos, sin establecer si ese objeto existe sólo ‘en nosotros’ o también «fuera de nosotros»”⁷.

A pesar de esta diferenciación, el trialismo en sus desarrollos teóricos actuales comparte la premisa que el fundador de esta corriente señaló con relación al valor justicia, según la cual “el principio supremo de justicia, en su forma colectiva, consiste en organizar la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad, convertirse de individuo en persona, en otras palabras, de «personalizarse»”⁸. De esta

⁴ CIURO CALDANI, op. cit., p. 18.

⁵ Íd., p. 23.

⁶ Íd., p. 15.

⁷ Íd.

⁸ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 410.

manera, la metodología trialista propone una comprensión del Derecho al servicio de la plenitud humana, es decir que construye un objeto jurídico con referencia a la vida⁹.

2.1. *Dimensión sociológica*

El centro de gravedad de la dimensión sociológica del Derecho está constituido por adjudicaciones de potencia e impotencia relacionadas con hombres, es decir, a lo que favorece o perjudica a la vida humana, y que, por estar vinculadas precisamente a seres humanos, son “jurídicas”. Las adjudicaciones provenientes de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar son llamadas “distribuciones”, y satisfacen el valor espontaneidad, mientras que aquellas originadas por la conducta de seres humanos determinables se denominan “repartos”, los cuales realizan el valor conducción.

Los repartos pueden desenvolverse por imposición o por acuerdo, siendo en el primer caso “autoritarios” y realizadores del valor poder, y en el segundo, “autónomos”, satisfaciendo el valor cooperación.

Los repartos se presentan relacionados en orden –realizando el valor orden– o en desorden –realizando el disvalor arbitrariedad–. Los repartos pueden ordenarse verticalmente según un plan de gobierno que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, realizando el valor previsibilidad. El orden puede constituirse también de manera horizontal, merced a conductas ejemplares desarrolladas según el esquema “modelo-seguimiento” que, consideradas razonables, son seguidas en otros repartos, lo cual satisface el valor solidaridad.

La conducción repartidora, por no ser omnipotente, tropieza con frecuencia con límites necesarios, que son impuestos por la naturaleza de las cosas, y que pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos y socioeconómicos. Es ello lo que nos lleva a decir que “el reconocimiento de estos límites es otro de los sentidos en que el trialismo inscribe sólidamente al Derecho en la realidad social”¹⁰.

⁹ CIURO CALDANI, op. cit., p. 22.

¹⁰ Íd., p. 26.

2.2. *Dimensión normológica*

La propuesta trialista construye el concepto de norma como la “captación lógica neutral de un reparto proyectado”, lo cual significa que la norma, por un lado, describe, o sea, da cuenta del contenido de la voluntad del autor de la norma y su cumplimiento, y por otro lado, integra, mediante conceptos que le dan nitidez y le incorporan sentidos, un reparto proyectado.

Cuando la norma refiere a un caso futuro e hipotético, es clasificada como general y realizadora del valor predecibilidad, mientras que si trata casos pasados, realiza el valor inmediatez.

2.3. *Dimensión dikelógica*

“Los valores”, dice Ciuro Caldani, “son entes ideales exigentes (contienen un ‘deber ser’ ideal)”¹¹. Los desarrollos constructivistas de esta teoría posteriores a Goldschmidt sostienen que tanto el ente ideal exigente “justicia” como los otros valores son “idealidades construidas”¹².

De acuerdo con la teoría trialista, el Derecho debe realizar un complejo axiológico que culmina en la justicia. Dentro de este complejo podemos distinguir valores absolutos, que son aquellos que siempre resultan valiosos, y valores relativos, que pueden ser o no valiosos en relación con otros valores. Podríamos decir que el complejo de todos los valores culmina en el valor humanidad, es decir, en el deber ser de nuestro ser.

3. *El arte*

Corresponde tratar en el presente acápite el análisis del problema de la definición del arte, como así también el de su carácter singular/plural, sin dejar, por ello, de esbozar los principales ejes sobre los cuales se han realizado los desarrollos teórico-filosóficos atinentes a la función que el arte ejerce o puede ejercer en la vida humana, las tensiones entre intuición y expresión, y la estructura de la obra de arte como objeto del juicio estético.

¹¹ Íd., p. 37.

¹² Íd., p. 38.

3.1. *El problema de su definición y de su singularidad/pluralidad*

El “Diccionario de uso del español” de María Moliner nos dice que el arte es, “por antonomasia, la actividad humana dedicada a la creación de cosas bellas”¹³. Más allá de la concisión de este concepto, no podemos empero darnos por satisfechos con él y seguir adelante con nuestro trabajo, soslayando las múltiples disputas que se llevan a cabo en torno a él.

Es insoslayable además que el hecho mismo de intentar aportar una definición teórica estática no está exento de una faceta que ha dado lugar a inconciliables posturas al respecto en la tradición filosófica occidental contemporánea.

Por su parte, Ferrater Mora, en la entrada de su Diccionario filosófico dedicada a la voz “arte”, afirma que “Todavía hoy puede usarse el término ‘arte’ en español (y otros idiomas modernos) en varios sentidos [...] Estos significados no son totalmente independientes; los religa entre sí la idea de hacer, y especialmente de producir, algo de acuerdo con ciertos métodos o ciertos modelos —métodos y modelos que pueden, a su vez, descubrirse mediante arte—. Esta simultánea multiplicidad y unidad de significado apareció ya en Grecia con el término τέχνη (usualmente traducido por ‘arte’), y existe en el vocablo latino *ars*”¹⁴.

El filósofo español refiere, asimismo, luego de trazar el itinerario que recorre este término en Occidente, desde la Grecia socrática hasta la Modernidad, que sólo en una época relativamente reciente comenzó a usarse el término “arte” para referirse a las bellas artes, al “Arte” en sentido estético¹⁵. No es entonces casual que nos sea dado partir de una noción constructivista de la palabra “Arte”, por mor de la cual nuestro acercamiento al objeto de conocimiento no será tal como si éste fuese una realidad preexistente, inmanente e inmutable, sino, más bien y por el contrario, el producto de un proceso (haciendo énfasis sobre todo en este proceso) de construcción social sentido, en el que

¹³ MOLINER, M.^a, “Diccionario de uso del español”, ed. electrónica, Gredos, Madrid, 2008, entrada voz “arte”.

¹⁴ FERRATER MORA, J., “Diccionario de Filosofía”, Sudamericana, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 142.

¹⁵ Íd., p. 143.

conductas, valores y normatividades estéticas serán el resultado de lo configurado por una formación social contingente.

Coincidente con lo expresado son las aseveraciones volcadas con maestría por Eco en su ensayo dedicado a la definición del arte. En ese volumen, Eco hace alusión a la obra de Dino Formaggio, “L’idea di artisticità”¹⁶, cuya tercera tesis expresa que “...la ley ideal del universo artístico no puede sino autoconstruirse infinitamente a través de las estructuras cognoscitivas y operativas de la experiencia artística en acto y a través de los distintos niveles de reflexión que, desde el interior de la actualidad del arte, se elevan hasta los niveles de la crítica, de la historiografía, de las poéticas, en fin, de la reflexión filosófica; aquí esta ley se reconoce fundamentalmente como idea de artisticidad o modo fundamental de la intencionalización propiamente artística de la experiencia”¹⁷.

En consecuencia, Eco comprende que Formaggio llega a la conclusión de que “...resulta imposible inmovilizar la naturaleza del arte en una definición teórica tal como se propone en numerosas estéticas filosóficas, del tipo de ‘el arte es Belleza’, ‘el arte es Forma’, ‘el arte es Comunicación’ y así sucesivamente. Estas definiciones son siempre históricas, en relación con un universo de valores culturales con respecto al cual, fatalmente, una experiencia artística sucesiva se presenta como la ‘muerte’ de cuanto había sido definido y exaltado. Por consiguiente, este tipo de definiciones pertenecen al orden de las poéticas y no al de las formulaciones filosóficas”¹⁸.

Lo antedicho quiere decir que una definición general de arte conoce sus límites, que son los de una generalización no verificable; los límites de una definición cargada de historicidad, es decir, “los límites de una definición que generaliza por la comodidad de un discurso común una serie de fenómenos concretos que poseen una vivacidad de determinaciones que en la definición se pierden”¹⁹.

En consonancia, en lo relativo a esta pluralidad de fenómenos que son subsumidos bajo una determinada definición, que parte de un fracciona-

¹⁶ FORMAGGIO, D., “L’idea di artisticità”, Ceschina, Milano, 1962.

¹⁷ Íd., p. 304, cit. en ECO, U., “La definición del arte”, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1970, p. 133.

¹⁸ Íd., p. 132.

¹⁹ Íd., p. 148.

miento contingente, Jean-Luc Nancy afirma que “las artes nacen de una relación mutua de proximidad y exclusión, de atracción y repulsión, y sus obras respectivas actúan y se sustentan en esa doble relación”²⁰.

De tal modo, sólo nos es permitido hablar de “Arte” en singular en miras a una unidad conceptual en la que la diversidad de las prácticas integra la esencia o la forma “Arte”, puesto que “...las prácticas artísticas, en su disparidad [...] no surgen de un fondo o una identidad común que sea ‘el arte’, sino que esa identidad –acaso inhallable– sólo está formada por el conjunto de las prácticas en sus diferencias, sin que ese conjunto suprima, por poco que sea, su heterogeneidad [...] ‘El arte’ en singular nunca se da sino a posteriori, y sin duda sólo durante el tiempo de la reflexión de su concepto, pero no en el lapso de su efectividad”²¹.

3.2. *Puntos de gravedad*²²

Amén de las distinciones imprecisas que puedan hacerse entre “Estética” y “Filosofía del Arte”, y las discusiones en torno a la autonomía científica de esta última con respecto a la primera, constituyen un modo de acercamiento a la problemática del Arte el planteo de tres cuestiones que Ferrater Mora establece como centrales: la naturaleza del Arte, la relación entre intuición y expresión, y la estructura de la obra de arte como objeto del juicio estético.

La primera cuestión se circunscribe a la función que el Arte ejerce o puede ejercer en la vida humana. De esta manera, algunos autores señalan que el arte no brinda ningún conocimiento de la realidad, puesto que el arte no es un “contemplar”, sino un “hacer”, o sea, “el arte no pretende decir lo que es, o cómo es, o por qué es, sino hacer que algo sea”²³. Otros autores, en clave más psicológico-genética que filosófica, sostienen que el arte es una “forma de evasión” o una “necesidad de la vida humana”. Ferrater Mora afirma, por el contrario y en postura que compartimos, que el Arte es una “creación de valores” y una “forma de simbolización”, y que sólo con la conjunción de las

²⁰ NANCY, J.-L., “Las musas”, trad. de Horacio Pons, Amorrortu, Buenos Aires, 2008, p. 137.

²¹ *Íd.*

²² Para este apartado puede v. FERRATER MORA, op. cit., p. 144.

²³ *Íd.*

teorías axiológicas, simbolistas y emotivas podemos dar cuenta de la riqueza de las manifestaciones del Arte²⁴.

La segunda cuestión, relativa a la relación entre intuición y expresión, fue tratada desde diversos puntos de vista. Mientras algunos autores sostienen que el arte es esencialmente intuición intraducible, y, por lo tanto, “forma pura”, en la que los símbolos juegan el rol de ser humanamente necesarios pero impuros, otros mantienen que el arte es esencialmente expresión y que lo realmente importante son los medios expresivos, planteos ambos que son integrados en una postura intermedia que le asigna a intuición y expresión el carácter de equipolentes.

Finalmente, en cuanto al problema de la estructura de la obra de arte como objeto del juicio estético, existen tres corrientes diferenciadas, entre las que pueden contarse aquella que considera la obra de arte como algo hecho, o como el producto de un hacer; la que la considera como el resultado de un proceso de simbolización; y la que la concibe como el término de una actividad expresiva.

II. Modos de relación entre el Derecho y el Arte

1. Enunciación

Si bien Carlos Cárcova establece una distinción entre enlaces externos e internos entre el Derecho y el Arte, despreciando a los primeros por considerarlos pueriles²⁵, a los efectos de esta investigación creemos que no es valedero excluir el análisis de tales relaciones sin ninguna justificación aparente, puesto que tal cercenamiento coartaría la vastedad y alcances de esta temática, empobreciéndola.

El profesor Cárcova establece asimismo las bases sobre las cuales se yergue esta diferenciación, la cual estriba en concebir que son articulaciones externas entre el Derecho y el Arte cuando el primero produce normas y regula conductas acerca de cuestiones autorales, y cuando el Arte se refiere al Derecho tomando a éste como parte de

²⁴ Íd.

²⁵ RUIZ, A. E. C.; DOUGLAS PRICE, J. E. y CÁRCOVA, C. M.^a, “La letra y la ley: estudios sobre Derecho y Literatura”, 1ª ed., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. IX.

su trama; por otro lado, la articulación es interna cuando es posible dar cuenta de analogías en el proceso de producción discursiva del Derecho y, por caso, de la Literatura²⁶.

A tal clasificación, con cierto esbozo primigenio de sistematicidad, quisiéramos reconocerle el mérito de servir como génesis para nuestra propia sistematización de los modos de relación entre el Derecho y el Arte. Así, entendemos que las relaciones entre ambos pueden darse de la siguiente manera, sin que bajo el orden de la enunciación subyaga ningún tipo de orden de prelación entre las mismas: a) Derecho del Arte; b) Derecho en el Arte; c) Derecho como Arte, y d) Derecho y Arte como expresiones de la conciencia histórica de una época.

2. *Análisis*

Corresponde ahora proceder al análisis pormenorizado de los distintos modos de relación, brindando una caracterización de cada uno de ellos.

2.1. *Derecho del Arte*

El primer modo de relación resulta como consecuencia de reconocer las exigencias de este nuevo tiempo, en el que los despliegues de la economía capitalista y los avances de la tecnología ponen en cuestión a la democracia y los derechos humanos, y que, por lo tanto, plantea nuevas exigencias de justicia que no pueden ser satisfechas con el mero recurso a las ramas jurídicas tradicionales²⁷, sino que, en cambio, plantean la necesidad de una rama relativamente “transversal” que las tenga en cuenta enriqueciendo los despliegues tradicionales: el Derecho del Arte.

Podríamos intentar brindar una definición de esta nueva rama del Derecho, con su relativa transversalidad y la utilidad de sus desarrollos futuros, diciendo que ella es “...la rama jurídica que atiende a la problemática específica del Arte, incluyendo las condiciones particulares

²⁶ Íd.

²⁷ CIURO CALDANI, M. Á., “Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo”, en revista *Investigación y docencia*, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario; disponible en Internet: http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd40_11.pdf, 30-8-2017.

de los artistas, sus obras y la sociedad en relación con ellas. El Derecho del Arte abre camino a aspectos muy relevantes de la vida humana, en un nuevo equilibrio cultural muy significativo sobre todo ante los desafíos de una nueva era”²⁸.

Tal conceptualización es conteste con la visión que proponemos y sostenemos del Derecho, en la que el mundo jurídico se constituye como un complejo vital de ramas que se diversifican por sus particularidades sociológicas, normológicas y axiológicas, y que ha de satisfacer necesidades de espacio, tiempo y persona. De esta manera, el panorama jurídico tradicional, que por momentos se muestra impotente para colmar tales requerimientos, debe ser complementado con nuevas ramas jurídicas que lo enriquezcan y actúen en complementariedad, sin desconocer la tradición jurídico-discursiva precedente.

Resulta forzoso reconocer que el Derecho debe producir, y de hecho produce, normas que regulan conductas referidas a los productos del quehacer humano y a quienes hacen las veces de autores de éstos, y tanto normas como conductas son sometidas a una valoración axiológica por medio de complejos valorativos que culminan en valores diferentes, debido a que, si bien el plexo de legislación y las decisiones jurisdiccionales son vistos a través del prisma del valor justicia, el Arte y sus productos son juzgados en base a parámetros de belleza o utilidad, dependiendo de la posición estructural de quien emite el juicio de valor. En determinados contextos históricos y socioculturales una obra de arte es tanto más valiosa cuanto mayor utilidad social reviste –por caso, en el realismo soviético–, mientras que en contextos de mayor lasitud de las pautas formales y de desenvolvimiento de libertad creativa se establecen parámetros de belleza que no están ligados a lo que la obra pueda llegar a decir a favor o en contra de las aspiraciones predominantes en el cuerpo social. Es todavía una cuestión a establecer si la belleza satisface únicamente exigencias de índole individual, o si, por el contrario, este valor tiene una faz colectiva, y lo bello es puesto en el mundo en nombre y a favor de todos.

Este interrogante se plantea con mayor fuerza en esta nueva era y en el campo de la ciencia jurídica, ya que el preguntarnos por el carácter

²⁸ Íd.

individual o colectivo de la obra de arte nos acucia y nos pide que tomemos partido en pos de definir si el Derecho del Arte debe regir en el plano de las relaciones entre particulares o si, en cambio, existe un interés social tutelado por la sociedad jurídicamente organizada. Es ya harto sabido que no basta con decir que una rama del Derecho es *sui generis* para caracterizarla, sino que necesariamente debemos inclinarnos por posicionar a este nuevo despliegue jurídico en el ámbito público o privado, o bien de un régimen de Derecho Privado con normas eminentemente de orden público. En cuanto al rol que las nuevas ramas jurídicas cumplen en esta tradicional clasificación entre “Derecho Público” y “Derecho Privado”, entendemos que las nuevas ramas la nutren con perspectivas muy vinculadas a la condición y los derechos de los seres humanos. Hay que aprovechar pero también equilibrar los despliegues capitalistas con otros más jurídicos y humanistas.

El presente trabajo no pretende más que plantear esta nueva perspectiva de lo jurídico, y, atento a las especialísimas características que detentan el artista y su obra, no parece entonces baladí poner de resalto la necesidad de desarrollar en el futuro inmediato un Derecho del Arte con sus respectivos despliegues de autonomía material, legislativa, judicial, administrativa, científica, docente y pedagógica.

2.2. *Derecho en el Arte*

En el segundo modo de relación, el Derecho forma parte del contenido de la obra de arte, ya sea porque es el motivo principal de la obra, o bien porque la obra tiene elementos de los que podemos inferir cierto grado, mayor o menor según el caso, de contenido jurídico o jusfilosófico.

Tal como ha sido expresado por Ciuro Caldani, “sólo quien comprenda la profundidad de lo humano puede apreciar la hondura del Derecho, y esa profundidad de lo humano está expresada, con destacadísima significación, en la Literatura. El arte en general, y dentro de él la Literatura, constituyen, en definitiva, cierta «Metafilosofía»”²⁹.

²⁹ CIURO CALDANI, M. Á., “Guía para la integración del Derecho y la Literatura”, disponible en Internet: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/ID_N_16--Guía_para_la_I_del_D_y_la_L--Miguel_A_Ciuro.pdf, 30-8-2017.

Si bien hay quienes declaran que toda obra es polisémica, cabe efectuar ciertas reservas en cuanto extender con ligereza esta afirmación al campo de la Filosofía Jurídica, puesto que, en el afán ciego de encontrar un atisbo de contenido jusfilosófico, no sería valedero forzar o “torturar” a la obra para hacerle decir lo que no dice. De este modo, no toda obra planteará un interrogante que pedirá ser pensado desde la óptica de la Jusfilosofía. Sin embargo, quizá sea valedero afirmar que toda la cultura puede ser interpretada, con diversos grados de interés, desde cada una de sus partes. Si toda la vida humana tiene despliegues jurídicos y artísticos, es necesario reconocerlos y fraccionarlos debidamente, puesto que, de no producirse los fraccionamientos necesarios, se incurre en la complejidad impura.

Abundan los ejemplos de este modo de relación no únicamente en el campo literario, en los libretos del género operístico, en el arte pictórico, sino también en el carácter performador que el Derecho tiene sobre la ciudad, el cual se expresa en su arquitectura: existe una juridicidad del urbanismo, no sólo por las reglas que lo rigen (que harían al Derecho del Arte), sino también porque existen relaciones de poder, captadas normativamente, y valoradas a la luz de un complejo valorativo, que luego cristalizan en un estilo arquitectónico; lo que tal vez lleve a preguntarnos si la justicia puede asumir la forma de lo bello, o bien, si la forma bella puede disfrazar a lo que contraría la justicia.

2.3. *Derecho como Arte*

En el ámbito de la Teoría Crítica del Derecho, Carlos María Cárcova pone de relieve una articulación interna entre el Derecho y el Arte, específicamente la Literatura, que “permite descubrir notables analogías en el proceso de producción discursiva del Derecho, por una parte, y en el de la Literatura en sentido amplio, por otra”³⁰ y cita a continuación a Dworkin, quien escribe: “...propongo pues que podemos mejorar nuestra comprensión del Derecho si se compara la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos del conocimiento, en particular la Literatura”³¹. En esta línea, Posner nos recuerda que Dworkin

³⁰ RUIZ, DOUGLAS PRICE y CÁRCOVA, op. cit.

³¹ Íd.

sostiene que, así como elegimos entre dos interpretaciones en pugna de una obra literaria decidiendo cuál de ellas hace que la obra sea mejor, debemos actuar de igual manera con las leyes y la Constitución, ya que “*legislators are the unacknowledged poets of the world*”³².

Acordamos con Posner cuando escribe: “...*We do not read the constitution or statutes for beauty; we read for guidance [...] I conclude that the functions of legislation and literature are so different, and the objectives of the readers of these two different sorts of mental product so divergent, that the principles and approaches developed for the one have no useful application for the other*”³³.

Lo expresado ut supra no significa que un cierto entrenamiento literario o el carácter de lector avezado no jueguen un rol de importancia en el jurista que debe hacer elaboración, interpretación, integración o aplicación de la norma, puesto que leer es leer, y (esta concesión también es realizada por Posner) mientras más hábil y experimentado uno se vuelva en el análisis de los textos, más capaz será de leer los textos legales con sensibilidad e imaginación. No quiere decir tampoco que ambas disciplinas deban desarrollarse en sendas separadas, ya que es innegable que existe en el Derecho un gran componente creativo que lo aleja del frío silogismo al que quisiera reducirlo el juspositivismo.

A nuestro entender, el Derecho y el Arte, al presentarse como complejos normo-socio-axiológicos distintos entre sí y satisfacer, por ende, exigencias valorativas particulares, son, en términos trialistas, complejidades puras. Concebir al Derecho como Arte implicaría diluir el objeto jurídico en el discurso artístico, convirtiendo al primero en una complejidad impura, extralimitando los horizontes que deben fijarse en cada una de las tres dimensiones para evitar que la ciencia del Derecho pierda su objeto.

³² POSNER, R. A., “Law and Literature: A Relation Reargued”, en *Virginia Law Review*, núm. 72, 1986, p. 1361; disponible en Internet: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2882&context=journal_articles, 30-8-2017. “Los legisladores son los poetas no reconocidos del mundo” (la traducción nos pertenece).

³³ Íd., p. 1374: “...No leemos la Constitución o las leyes buscando belleza, sino guía [...] Concluyo que las funciones de la legislación y la literatura son tan diferentes, y los objetivos de los lectores de estos dos tipos diferentes de producto mental tan divergentes que los principios y acercamientos desarrollados para una no tienen aplicación útil para la otra” (la traducción es nuestra).

2.4. *Derecho y Arte como expresiones de la conciencia histórica de una época*

El cuarto supuesto, al cual se orienta de manera más enfática este trabajo, supone encontrar los aspectos salientes de un intenso diálogo que se mantiene entre el Derecho y el Arte a lo largo de la historia, y en el que ambos términos de la expresión conservan su perfil propio, sin estar, por eso mismo, aislados uno de otro; es decir, la historicidad que signa a estas nociones en sus relaciones recíprocas. El tridimensionalismo dialista, atendiendo a demandas de complejidad, nos exige prestar atención a la realidad social, y a comprender por ello estos fenómenos con una perspectiva histórica, puesto que la Historia es el terreno en donde se despliegan todas estas categorías. De tal suerte se ha dicho ya que “...el Derecho debe integrarse con el Arte y con todas las otras manifestaciones de la cultura”³⁴.

Siguiendo esta premisa, y valiéndose de ello como ejemplo de esta interacción en la que ambos fenómenos culturales se integran sin relegar su autonomía, el presente opúsculo busca poner de manifiesto la relación entre los postulados de la Escuela histórica del Derecho y algunas formas de creación artística y reflexión filosófica desarrolladas durante el Romanticismo alemán, sobre todo en el plano de la Literatura.

En ese marco, nuestras indagaciones parten de la hipótesis de que el Derecho es un quehacer humano que puede ser concebido y llevado a cabo como una creación colectiva, siendo de esta manera comparable, en este aspecto, a otras formas discursivas o estéticas, con una óptica integrativista que lleve a superar el relativo aislamiento producido por las “purificaciones” y cercenamientos del objeto jurídico, lo cual no implica considerar al Derecho y al Arte de manera indiferenciada como podrían hacerlo algunas corrientes de la crítica jurídica. Por otra parte, en palabras de Samuel Ramos, “...el arte ha sido y sigue siendo un factor

³⁴ CIURO CALDANI, M. Á., “El Derecho y el Arte”, en revista *Investigación y docencia*, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario; disponible en Internet: <http://www.car-tapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/809/612>, 30-8-2017.

en el despertar de la conciencia histórica de un pueblo...”³⁵; a ello agregamos que el Derecho también juega un papel de peso en ese despertar.

Este parangón, lejos de relativizar el papel de la ciencia y el saber jurídicos, lleva a poner de resalto aquellos puntos de contacto que deben darse (y que, de hecho, se dieron) entre el Derecho y el Arte (o las Artes), aun cuando ellos parezcan insinuar cierto paralelismo e incluso rechazo el uno por el otro en su transitar por sendas separadas. A su vez, no es menos íntima la relación de éstos con los sujetos que los protagonizan y sobre los que actúan y el espacio y el tiempo en los que se desarrollan, relación que hay que poner de resalto en pos de que ambos se constituyan no como meros conocimientos, sino como conocimientos y prácticas humanizantes, es decir que tiendan a realizar el deber ser cabal de nuestro ser. De esta forma podrán ser integrados socio-normo-axiológicamente el Derecho y el Arte, manteniendo la complejidad pura del objeto jurídico, como así también del objeto artístico, sin dejar de lado su historicidad.

III. El Derecho y el Arte como expresiones de la conciencia histórica de una época: la Escuela histórica del Derecho y los primeros románticos alemanes

1. Introducción

Schlegel deja asentado de manera señera que “*Die Symmetrie und Organisation der Geschichte lehrt uns, daß die Menschheit, so lange sie war und wurde, wirklich schon ein Individuum, eine Person war und wurde. In dieser großen Person der Menschheit ist Gott Mensch geworden*”³⁶. Es en este “individuo”, en esta “gran persona”, en el “gran poema universal” preconizado por los románticos, que todo se vuelve uno.

Veremos seguidamente las formas en que esta concepción del quehacer humano se corporizó, sobre todo en el terreno de lo jurídico y lo literario.

³⁵ HEIDEGGER, M., “Arte y Poesía”, 2ª ed., trad. y prólogo de Samuel Ramos, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 26.

³⁶ SCHLEGEL, F., “Ideen”, p. 6, en *Digitale Bibliothek*, t. I, *Deutsche Literatur von Lessing bis Kafka*, p. 150.315 (cf. Schlegel-KFSA [Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe], t. II, 1ª parte, p. 258): “La simetría y organización de la Historia nos enseña que la humanidad, en tanto ella fue y se hizo, fue y se hizo realmente ya un individuo, una persona. En esta gran persona de la humanidad, Dios se hizo hombre” (la traducción nos pertenece).

2. Caracterización

En una carta fechada en marzo de 1801 y dirigida a Friedrich Schlegel, Ludwig Tieck conjetura que el romanticismo “es un caos del cual debe surgir, necesariamente, una nueva seguridad”³⁷. Sería vano y sobreabundante elegir una definición de entre las tantas que conviven en caótica comunidad o, por el contrario, intentar esbozar una propia con la pretensión de que resulte menos esquiva, puesto que, por sus características, “el romanticismo es un concepto evolutivo que elude la definición estática”³⁸.

Nos es dado, sin embargo, situar este movimiento en el tiempo y en el espacio, no para comprenderlo desde una exterioridad contingente, sino para hallar los rasgos comunes que se dan hacia su interior, y emprender así un estudio comparativo que abarque, en nuestro caso, la Filosofía, el Derecho y la Literatura, convencidos de que “...el romanticismo produjo efectos [...] en todos los reinos del esfuerzo humano”³⁹.

Amén de las dificultades para definir el movimiento general que caracterizaba la vida cultural de Alemania en la transición del siglo XVIII al XIX, podemos mencionar, junto con Copleston⁴⁰, algunos de sus rasgos salientes, sin perjuicio de su desarrollo pormenorizado en los apartados sucesivos: a) exaltación del poder de la imaginación creadora y del papel del sentimiento y la intuición; b) concepción de la naturaleza, no como un sistema mecánico, lo que obligaría a destacar los contrastes y diferencias entre el hombre y la naturaleza, sino como un “todo orgánico y viviente que vibra al unísono con el espíritu, revestido del mismo misterio y belleza que éste”⁴¹; c) predilección por lo popular (*Volksgeist* o espíritu del pueblo) y sus manifestaciones culturales; d) creencia en la continuidad del desarrollo histórico, y e) sentimiento y nostalgia de lo infinito, dado que “la totalidad infinita se concebía como vida infinita que se manifiesta a sí misma en los

³⁷ Citado en GODE VON AESCH, Alexander, “El romanticismo alemán y las ciencias naturales”, trad. de Ilse Teresa M. de Brugger, Espasa-Calpe, Buenos Aires, s/e, p. 21.

³⁸ *Íd.*

³⁹ *Íd.*, p. 27.

⁴⁰ COPLESTON, F., “Historia de la Filosofía”, trad. de Ana Doménech, Ariel, Barcelona, 1996, t. VII, ps. 24 y ss.

⁴¹ *Íd.*, p. 25.

seres finitos y gracias a ellos, aunque nunca negándolos o reduciéndolos a simples instrumentos mecánicos”⁴².

“Esto hablaba a los románticos de modo particularmente expresivo. A la luz de tales teorías es dado ahora entender e interpretar los fenómenos históricos de la cultura, los poetas, las obras artísticas, costumbres y usos, formas de Derecho y de Estado, mirándolas en su individualidad y juntamente en su valor intemporal, como hechos prendidos a un tiempo, espacio e historia y, no obstante, trascendidos por una dimensión ideal eterna. Nunca pudo hacer tal la mentalidad de la Ilustración, con sus esquemáticas abstracciones”⁴³.

3. *Manifestaciones en el plano jurídico: la Escuela histórica del Derecho*⁴⁴

Las aspiraciones jusfilosóficas del período romántico no pueden sino abreviar en la filosofía trascendental de Schelling, puesto que ésta “valora particularmente el espíritu popular, la tradición, las costumbres e instituciones jurídicas, mirándolo todo como concreta objetivación del espíritu”⁴⁵.

Dentro de la vertiente más importante de la Escuela histórica del Derecho, desarrollada en Alemania, Gustav Hugo, considerado por muchos como el padre de ésta, entiende que la única fuente jurídica es la Historia, debiéndosele a él la comparación entre el origen del Derecho y el origen del lenguaje, en el sentido de que ninguno de los dos ha sido establecido por Dios ni elaborado por los hombres de mutuo acuerdo.

Influido por Hugo, Friedrich Karl von Savigny sienta las bases de la Escuela en el marco de su célebre polémica sostenida con Anton Thibaut, acerca de la conveniencia de dictar un Código Civil común para Alemania, la cual en esa época se encontraba dividida en diferentes Estados, en los que se aplicaba el Derecho Romano ingresado en la recepción medieval, con algunas modificaciones.

⁴² Íd., p. 26.

⁴³ Íd.

⁴⁴ El presente apartado fue elaborado siguiendo los lineamientos trazados en CIURO CALDANI, M. Á., “El romanticismo y el historicismo”, en CIURO CALDANI, “Aportes...” cit., ps. 257 y ss.

⁴⁵ HISRSCHBERGER, J., “Historia de la Filosofía”, trad. de Luis Martínez Gómez, Herder, Barcelona, 1974, t. II, p. 242.

La posición desarrollada por Thibaut es afín al dictado de un Código Civil común, siguiendo el ejemplo francés, con el propósito de superar la arbitrariedad ocasionada por la existencia de diversos Derechos particulares. Su postura se basa en la idea de que “leyes iguales engendran costumbres iguales”. Por este motivo, el paradigma de la juridicidad no debe provenir del pueblo, sino del legislador, adecuándose el Derecho a la razón. Adhiere además al postulado, de cuño iluminista, de que hay un Derecho natural inmutable y universal que puede ser deducido por medio de la razón.

Para Savigny, por el contrario, el Derecho debe adecuarse al espíritu del pueblo, y en virtud de ello es propio de cada pueblo, como el idioma. El Derecho progresa con el pueblo y vive con él, teniendo por lo tanto su origen en los usos y costumbres; es creado en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa y jamás por el mero arbitrio del legislador. De tal suerte, la ley sólo debe auxiliar a la costumbre, disminuyendo la incertidumbre y la indeterminación.

El autor de “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho” concibe un Derecho natural que se realiza en la Historia, y sostiene que la solución a la arbitrariedad denunciada por Thibaut no es la codificación, sino la elaboración científica del Derecho en base al material histórico y con sentido histórico.

Otro de los exponentes de esta Escuela, Georg Friedrich von Puchta, discípulo de Savigny, introduce en la Escuela histórica el concepto de *Volksgeist*, es decir, de “espíritu del pueblo”, y desarrolla un estudio sobre el Derecho consuetudinario, adhiriendo a la postura de que el Derecho es un producto del espíritu del pueblo que se manifiesta en la historia a través de la costumbre.

4. *Manifestaciones en el plano artístico: sinfilosofía/simpoesía*

Esbozados los ejes centrales de lo que fuera la expresión más estrictamente jurídica del período romántico, puede ahora establecerse la relación con las prácticas artísticas y filosóficas llevadas a cabo hacia finales del siglo XVIII en Alemania, particularmente en la ciudad de Jena. En dicho momento las “redes” románticas generaron un intenso campo de mutuas inspiraciones y compenetraciones intelectuales.

En primer lugar, debe dejarse asentado que entre los románticos existe una crítica a los usos normativos del arte, sea por la imitación de modelos, sea por la imposición de limitaciones en base a principios formales. Esto da una pauta general de asimilación entre el rechazo a toda normatividad en el campo de lo estético, y el rechazo a un Derecho racionalmente impuesto y ajeno quizá a toda conexión con la vida social tal como se evidenció en la esfera de lo jurídico. Novalis llegó incluso a decir que “el dominio del Derecho cesará junto con la barbarie”⁴⁶.

No obstante, Magris, eminente germanista italiano, observa que “fue en Alemania, sobre todo, donde se verificó, especialmente durante la época romántica, una singular alianza, casi una simbiosis entre poesía y Derecho –entendido como Derecho consuetudinario y no como *lex positiva*–”⁴⁷.

En el ámbito de una cultura eminentemente de salón, que condujo a formas híbridas de producción estética, pueden encontrarse los fragmentos publicados en 1798 en la revista *Athenaeum*, los cuales fueron elaborados en colaboración entre Friedrich Schlegel, Friedrich von Hardenberg (Novalis) y Friedrich Schleiermacher. Estos fragmentos, de autoría repartida e impresos sin indicación del nombre del autor, son el ejemplo de una práctica detrás de la cual yacían las ideas de “sin-filosofía” y “simpoesía”: la realización de obras colectivas de naturaleza recíprocamente complementaria⁴⁸.

Esta práctica es impulsada seguramente por los anhelos de fusión románticos, ya que, tal como puede leerse en una carta que Friedrich Schlegel dirige a su hermano August Wilhelm, existe el deseo de un “Arte que amalgame a los individuos”⁴⁹ y se proyecta la elaboración de un programa de crítica participativa que aborde precisamente “combinaciones fantásticas”⁵⁰ de diversos autores.

⁴⁶ MAGRIS, C., “Literatura y Derecho. Ante la ley”, trad. de María Teresa Meneses, Sexto Piso, Madrid, 2008, p. 28.

⁴⁷ Íd., p. 71.

⁴⁸ ALSLEBEN, Kurd y ESKE, Antje (comps.), “NetzkunstWörterBuch”, edition kuecokue, Hamburg, 2003; la sección respectiva se encuentra disponible en idioma alemán en Internet: <http://swiki.hfbk-hamburg.de/NetzkunstWoerterBuch/12>, 22-9-2014. La traducción es nuestra.

⁴⁹ Íd.

Es con esta intención, radicalmente democrática, que las formas colectivas de producción literaria desarrolladas al margen de la Academia encuentran su expresión en un intercambio de ideas libre y sin compromiso, desenvolviéndose un concepto emancipador de sociedad y sociabilidad conforme a la autonomía del individuo, en un marco de permanente intercambio dentro de una red de relaciones transversales con otros individuos. Schleiermacher, en su “Ensayo de una teoría del comportamiento social”, publicado anónimamente, desarrolla el esbozo de una sociabilidad libre y productiva, expresada de manera que “Todo ha de ser interacción [...] Todos deberían ser incitados a un libre juego del pensamiento”⁵¹.

En este contexto, según afirma Schleiermacher, para superar los obstáculos que impiden tales prácticas, como las restricciones impuestas por las “condiciones domésticas y civiles”, la “empiría inconexa” de Arte y Ciencia, y especialmente las sobredimensionadas imágenes que de sí mismos tienen los artistas, el rol del crítico y del teórico, e incluso del lector, es despertar las fuerzas adormecidas en las obras de arte existentes y transponerlas nuevamente a prácticas sociales y formas sociables⁵².

En este aspecto es clara la identificación entre la función del crítico/teórico/lector así concebido, que debe operar tal transposición entre las obras existentes y las nuevas prácticas y formas, y el legislador propiciado por la Escuela histórica, que es tenido por un auxiliar de la costumbre que se limita a clarificar la voluntad del pueblo.

Continúa diciendo Schleiermacher: “Pues éste es el verdadero carácter de una sociedad [...] que ella debe ser una interacción que se entrelace a través de todos sus miembros, pero que sea también completamente determinada y consumada por ellos [...] No ha de ser realizada en común acción determinada alguna, llevada a término obra alguna, ni metódicamente adquirida comprensión alguna. El objetivo de la sociedad no es de ningún modo pensado como situado por fuera de ella; la acción de cada uno ha de encaminarse hacia la actividad del resto, y la actividad de cada uno ha de ser una influencia sobre la de los otros. Ahora bien, empero, no puede influenciarse un ser libre de otro que incitándolo a la propia actividad, y ofreciéndole a

⁵⁰ Íd.

⁵¹ Íd.

⁵² Íd.

ella un objeto [...] no puede, en suma, apuntarse a ninguna otra cosa más que a un libre juego de los pensamientos y percepciones, mediante el cual todos los miembros se estimulen y animen mutuamente”⁵³.

De tal modo, se evidencia una relación entre lo infinito y lo finito, entre una autocreación que asimila el absoluto mediante la reflexión y una autolimitación consciente, entre la visión del universo y la visión del sujeto, en una dinámica que enriquece lo particular y da forma a su plenitud. Esta visión es acorde con la desarrollada por Savigny, según la cual cada época es continuación y desarrollo de los tiempos pasados, por lo que no se puede dar ninguna existencia humana completamente individual y separada, sino que debe darse en el seno de una familia, de un pueblo y de un Estado, que se integran en un todo superior.

Los románticos “...no se contentaron con ser poetas, quisieron ser también filósofos, convencidos, por lo demás, de que poesía y filosofía se implican mutuamente”⁵⁴.

Conclusiones

A lo largo de este opúsculo se han desarrollado ciertos postulados que entendemos que servirán como base para futuras indagaciones en el campo de la investigación.

De esta manera, quisimos dejar de manifiesto el carácter eminentemente histórico que tienen las dos disciplinas analizadas: el Derecho y el Arte, y de modo particularizado, la Literatura como “Metafilosofía”. Es por ello que nos es dado sostener junto con Eco que “La idea del arte varía continuamente según las épocas y los pueblos, y lo que para una determinada tradición cultural era arte, parece disolverse frente a nuevos modos de actuar y de gozar”⁵⁵. En este punto de nuestras observaciones, ya nada nos impide hacer extensiva esta consideración al campo de las ciencias jurídicas. Es la teoría trialista, con sus estudios concernientes a los despliegues de la dimensión sociológica del Derecho, la que nos permite, por su intenso anclaje en la realidad social,

⁵³ Íd.

⁵⁴ HISRSCHBERGER, op. cit., p. 253.

⁵⁵ ECO, op. cit., p. 147.

afirmar ahora con mayor ímpetu la idea de que el saber jurídico está atravesado inexorablemente por una carga de historicidad que no puede ser ignorada si queremos comprender cabalmente este fenómeno.

Nos sustenta, asimismo, si es que es válido y se nos permite que apelemos a un argumento de autoridad, lo propuesto por Nancy, quien sostiene que “Un arte difiere del que lo ha precedido y se realiza porque enuncia, precisamente, una realidad cuya naturaleza no es una mera modificación plástica: refleja a otro hombre [...] El momento que debe aprehenderse es aquel en que una plenitud plástica responde al nacimiento de un tipo social”⁵⁶. En consecuencia, creemos que ese “otro hombre” que realiza y se realiza en “una plenitud plástica” también realiza y se realiza en una “nueva juridicidad”, y ambas se corresponden a un tipo social históricamente connotado.

Esta proposición se manifiesta con especial grado de evidencia durante los años en que se desarrolló la corriente romántica en Alemania, puesto que en el pensar, en el decir, pero sobre todo en el sentir de sus principales exponentes en el plano literario y filosófico es que encontramos las mayores semejanzas entre las formas artísticas y las formas jurídicas, y la manera en que éstas son concebidas y puestas en práctica.

En conclusión, es quizá por ello que aún debemos aprender, como estudiosos del saber jurídico, integrado por conductas, normas y criterios axiológicos, que éste debe nacer de y parecerse al pueblo que pretende regir, para colmar sus exigencias de justicia, para no convertirse en un saber dislocado de todo ser, para coadyuvar, en fin, en la ardua tarea de que seamos más humanos, de que podamos realizar de manera acabada el deber ser de nuestro ser.

Bibliografía

- ADORNO, Theodor W., “Teoría estética. Obra completa, 7”, trad. de Jorge Navarro Pérez, Madrid, Akal, 2004.
- ALSLEBEN, Kurd y ESKE, Antje (comps.), “NetzkunstWörterBuch”, edition kuecokue, Hamburg, 2003; la sección respectiva se encuentra disponible en idioma alemán en Internet: <http://swiki.hfbk-hamburg.de/Netzkunst-WoerterBuch/12>, 22-9-2014.

⁵⁶ NANCY, op. cit., p. 117.

- ARNALDO, Javier (comp.), “Fragmentos para una teoría romántica del arte”, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1994.
- BALKIN, Jack M., “The Domestication of Law and Literature”, en Faculty Scholarship Series, Paper 286, 1989; disponible en idioma inglés en Internet: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/286, 16-10-2015.
- BARTHEL, Gustav, “Historia del arte alemán”, trad. de Ernesto de la Peña, México, Fondo de Cultura Económica, 1953.
- BURKE, Edmund, “Indagación filosófica sobre el origen de nuestras ideas acerca de lo sublime y de lo bello”, trad. de Menene Gras Balaguer, Madrid, Tecnos, 1987.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes iusfilosóficos para la construcción del Derecho”, Rosario, Zeus, s/e.
- “El Derecho y el Arte”, en revista Investigación y docencia, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario; disponible en Internet: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/809/612>, 30-8-2017.
- “Featured expressions of the relationship between Law and Literature in Argentina”, en GALUPPO, Marcelo *et al.* (eds.), *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies. Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, disponible en Internet: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD47/IyD476.pdf>, 1-11-2015.
- “Filosofía, Literatura y Derecho”, disponible en Internet: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1356/1546>, 23-10-2015.
- “Guía para la integración del Derecho y la Literatura”, disponible en Internet: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/ID_N_16--Guia para la I del D y la L--Miguel A Ciuro.pdf, 30-8-2017.
- “La vida del Derecho entre la tragedia, el drama y la comedia. Un aporte del enfoque tridimensionalista trialista. Nuevamente en el horizonte jurilingüístico del mundo jurídico”, disponible en Internet: http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD45_9.pdf, 1-11-2015.
- “Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo”, en revista Investigación y docencia, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario; disponible en Internet: http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd40_11.pdf, 30-8-2017.

- COPLESTON, Frederick, "Historia de la Filosofía", trad. de Ana Doménech, Barcelona, Ariel, 1996, t. VII.
- ECO, Umberto, "La definición del arte", Barcelona, Ediciones Martínez Roca, 1970.
- FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", Buenos Aires, Sudamericana, 1964.
- FORMAGGIO, Dino, "L'idea di artisticità", Milano, Ceschina, 1962.
- GODE VON AESCH, Alexander, "El romanticismo alemán y las ciencias naturales", trad. de Ilse Teresa M. de Brugger, Buenos Aires, Espasa-Calpe, s/e.
- GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1967.
- HEIDEGGER, Martin, "Arte y Poesía", 2ª ed., trad. y prólogo de Samuel Ramos, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- HIRSCHBERGER, Johannes, "Historia de la Filosofía", trad. de Luis Martínez Gómez, Barcelona, Herder, 1974, t. II.
- HURSH, John, "A Historical Reassessment of the Law and Literature Movement in the United States", Montreal, McGill University, s/e; disponible en Internet: <http://www.graat.fr/1hursh.pdf>, 1-11-2015.
- MAGRIS, Claudio, "Literatura y Derecho. Ante la ley", trad. de María Teresa Meneses, Madrid, Sexto Piso, 2008.
- MOLINER, María, "Diccionario de uso del español", ed. electrónica, Madrid, Gredos, 2008.
- NANCY, Jean-Luc, "Las musas", trad. de Horacio Pons, Buenos Aires, Amorrortu, 2008.
- POSNER, Richard A., "Law and Literature: A Relation Reargued", en *Virginia Law Review* (núm. 72), 1986, ps. 1351-1392; disponible en Internet: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2882&context=journal_articles, 30-8-2017.
- RUIZ, Alicia E. C.; DOUGLAS PRICE, Jorge E. y CÁRCOVA, Carlos María, "La letra y la ley: estudios sobre Derecho y Literatura", 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2014.
- SAFRANSKI, Rüdiger, "Romanticismo. Una odisea del espíritu alemán", trad. de Raúl Gabás Pallás, Buenos Aires, Tusquets Editores, 2012.
- SCHLEGEL, Friedrich, "Ideen", en *Digitale Bibliothek*, t. I, *Deutsche Literatur von Lessing bis Kafka* (cf. Schlegel-KFSA [Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe], t. II, 1ª parte), s/e.

DOCTRINA

EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

por FEDERICO M. ALESSIO*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Origen y fundamento conceptual. 3. Definición. 4. Consecuencias dogmáticas. 5. La insignificancia desde el enfoque procesal. 6. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

El principio de insignificancia es una construcción dogmática que presenta sus interrogantes propios, los cuales se fueron ampliando paralelamente con su desarrollo teórico. Al encontrarse inmerso en el mundo jurídico, sus postulados deben adecuarse a las normas superiores y en este punto es donde reside una de las incógnitas aquí planteadas: si respeta las garantías constitucionales, ¿es de aplicación obligatoria, o existen mecanismos ya establecidos por fuera de la dogmática jurídica para hacer justicia en los casos de afectación mínima al bien jurídico atendido por la norma? Y en este último caso, ¿son más eficaces esos mecanismos a la hora de hacer justicia, o simplemente redundan en una alternativa para que el juzgador tome su decisión conforme lo crea más conveniente? Los nombres de reconocidos autores se reparten en las distintas respuestas que existen para abonar estas preguntas, cada una de las cuales permite vislumbrar una posición teórica del tema. Es que, a partir de ello, puede desarrollarse todo el enfoque de la insignificancia y adoptar una propuesta determinada para la teoría del delito deseada. Si el lector puede encontrar su propio enfoque sobre estas cuestiones al finalizar la lectura de este trabajo, entonces el objetivo pergeñado por quien suscribe se habrá cumplido.

* Abogado (UNR) (alessio.federico@live.com).

Abstract

The insignificance principle is a dogmatic construction that presents its own questions, which were increased in parallel with its theoretical development. Being inside of the legal order, its postulates must be adjusted to the higher rules. In this respect is where we find one of the mysteries we raised: if it respects the constitutional warranties, is it a mandatory implementation, or there're already mechanisms, outside criminal theory, to deliver justice at the "legally protected interest" minimum affectation cases? And at the latter case, are more effective these mechanisms see justice done, or there're simply an alternative for the court decision? The names of recognized authors are distributed throughout the answers, each one of them give us a glimpse of their theories. On that basis can be developed all the "insignificance" approach and adopt a specific proposal of the desired dogmatic theory. If readers find its own answers when reached the end of the present essay, then the desired purpose of the undersigned will be fulfilled.

Palabras clave

Insignificancia. Lesividad. Legalidad.

Keywords

Insignificance. Offense. Legality.

1. Introducción

Resultaría equívoco comenzar con la genealogía de un eje temático sin otorgar una noción básica del mismo. Aunque esta última tarea se adjetivará como exigua y limitada, la emprenderemos afirmando lo siguiente: la imposición de una pena siempre debe hallarse justificada, y para ello el perjuicio debe tener cierta magnitud o importancia¹. En caso contrario, esto es, cuando el hecho se traduce en una afectación

¹ CGar.Pen. de Mercedes, sala II, 15-3-2012, "F., W. M. s/Robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha podido acreditarse". El grado de afectación que reviste el bien jurídico puede considerarse desde una perspectiva cuantitativa o valorativa, tal como se verá más adelante.

mínima de bienes jurídicos, y reunidas determinadas circunstancias que se explicarán a lo largo de este trabajo, nos encontramos ante el llamado *principio de insignificancia*.

Su reconocimiento y aplicación no ha sido pacífico, ni lo es actualmente. Un sector de la doctrina y jurisprudencia lo ha ubicado en la faz negativa del injusto, excluyendo así la existencia misma del delito. Otra postura, sobre una base fáctica análoga, ha privilegiado otras soluciones –por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad– amparándose en fundamentos de diversa índole. Una tercera opinión ha favorecido una interpretación exegética de la norma, propiciando la condena del sujeto activo del delito de bagatela, ponderando la afectación insignificante en la imposición de la pena en base a los artículos 40 y 41 del Código Penal.

En los apartados siguientes ampliaremos estos conceptos; haremos una somera descripción de la génesis del principio en cuestión y su evolución histórica, mencionando los diversos autores que contribuyeron a su construcción teórica hasta encontrarnos con el enunciado tal como se lo reconoce en la actualidad.

De igual modo, se describirá su base constitucional y, por ende, su obligatoria consideración a la hora de analizar su operatividad en la resolución de los conflictos de índole penal, como así también los requisitos requeridos para que ello ocurra, lo cual se encuentra lejos del apoyo unánime por parte de los autores que se han abocado a su estudio.

Continuaremos analizando cuáles son las consecuencias necesarias de su aplicación en la teoría del delito, esto es, como faz negativa del tipo objetivo y en la teoría del error. Finalizando, no podemos dejar de recordar que muchos códigos procesales lo incorporan como criterio de oportunidad y, por ello, se mencionarán las implicancias que posee en esta órbita.

2. Origen y fundamento conceptual

Para explicar el origen del principio de insignificancia debemos mencionar ineludiblemente a Claus Roxin, quien lo enunció por primera vez en el año 1964, reforzando dicha idea con posterioridad en su

ensayo del año 1970². En el mismo sendero, Tiedemann lo denominó “principio de bagatela”, encontrando su fundamento en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el delito y la reacción del Estado frente al mismo³.

La raíz para la formación dogmática de los delitos de bagatela fue el antiguo adagio *minima non curat praetor*, y su desarrollo se proyecta desde la teoría de la adecuación social de Welzel hasta el mencionado reconocimiento por Roxin del concepto de insignificancia que hoy conocemos⁴. Aquella premisa aportada por Welzel funcionaba como forma de interpretar restrictivamente al tipo penal⁵, siendo definida la conducta socialmente adecuada como “todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia”⁶. La teoría aportada por este autor se encamina hacia la eliminación del tipo, pero no es un elemento negativo del mismo, sino una forma de interpretarlo⁷. Por lo tanto, la adecuación social refiere a conductas que no elevan el riesgo tolerado respecto de los bienes jurídicos protegidos por la figura; en cambio, en la insignificancia sí existe la elevación de dicho riesgo, pero de manera ínfima para el bien jurídico⁸.

En la doctrina nacional se acoge, en primer lugar y con el alcance

² GARCÍA VITOR, E. U., “La insignificancia en el Derecho Penal. Los delitos de bagatela”, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 20.

³ ZAFFARONI, E. R., “Tratado de Derecho Penal. Parte general”, Ediar, Buenos Aires, 1981, t. III, p. 554.

⁴ CFed.Cas.Pen., sala II, 31-10-2012, “G., H. H. s/Recurso de casación”.

⁵ ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte general”, Civitas, Madrid, 1997, t. I, p. 293. Explica Donna que la teoría de la adecuación social propuesta por Welzel no es una característica del tipo sino un auxiliar interpretativo para restringir a éste que, en su tenor literal, acoge conductas socialmente admisibles (DONNA, E. A., “Teoría del delito y de la pena”, Astrea, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 221).

⁶ WELZEL, H., “Derecho Penal. Parte general”, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 63.

⁷ De este modo, en palabras del propio Roxin: “la teoría de la adecuación social ciertamente persigue el objetivo, en sí mismo correcto, de eliminar del tipo conductas no correspondientes al específico tipo (clase) de injusto, pero que la misma no constituye un ‘elemento’ especial de exclusión del tipo e incluso como principio interpretativo se puede sustituir por criterios más precisos” (ROXIN, op. cit., p. 297).

⁸ LASCANO, C. J., “Derecho Penal. Parte general”, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 404.

reconocido actualmente, en virtud del aporte efectuado por Eugenio Raúl Zaffaroni⁹. Con posterioridad han defendido su aplicación Enrique Ulises García Vitor, Carlos Creus, Mariano Silvestroni y Elizabeth Marum¹⁰, entre otros.

El sostén supralegal del mismo lo hallamos en las máximas constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad¹¹. Las dos primeras encuentran su base en el artículo 1º de nuestra Carta Magna, y exigen una relación entre la lesión al bien jurídico penalmente protegido y la pena que se aplicará como consecuencia de dicha lesión. Cabe destacar que el principio de proporcionalidad surge implícitamente de la prohibición constitucional de imponer penas “inhumanas y degradantes”¹² enunciada en su artículo 18, siendo de esta forma un límite estatal al *ius puniendi*, por lo que “la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente”¹³. El principio de lesividad se encuentra plasmado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, e indica que el poder penal puede castigar

⁹ GARCÍA VITOR, op. cit., p. 79.

¹⁰ CNCCorr., sala VII, 31-3-2009, “G., A. J. Hurto tentado. Procesamiento. Correcc. 12/77”, disidencia del Dr. Mauro A. Divito.

¹¹ CNCas.Pen., sala IV, 20-12-2010, “Toledo, Carlos Alejandro s/Recurso de casación”. La sala B de la CFed. de Córdoba en los autos “Murúa, Laura p. s. a. Circulación de moneda falsa” agrega, además de los principios mencionados, los de *humanidad* y “*ultima ratio*” del *Derecho Penal*. Mir Puig indica que el “carácter fragmentario del Derecho Penal aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: en primer lugar, defendiendo el bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad [...] en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando en principio sin castigo las acciones meramente inmorales” (MIR PUIG, S., “Introducción a las bases del Derecho Penal”, B de F, Buenos Aires, 2003, ps. 124 y 125).

¹² BACIGALUPO, E., “Principios constitucionales de Derecho Penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 149. Ampliando esta idea, continúa explicando que “el principio de proporcionalidad obliga al legislador a no amenazar la imposición de penas de excesiva gravedad, con relación al bien jurídico protegido [...] el legislador está doblemente limitado con respecto a la gravedad de las penas: por un lado, no puede imponer penas inhumanas o degradantes, por imperio de la inviolabilidad de la dignidad de la personas, y por otro, debe establecer penas proporcionadas a la gravedad de los ilícitos que se sancionan” (p. 252).

¹³ MIR PUIG, op. cit., p. 141.

únicamente acciones que produzcan un daño relevante desde la óptica jurídica. Para hacer efectiva esta última premisa es necesario acudir al concepto de bien jurídico atendiendo a su noción limitadora del poder punitivo, esto es, considerándolo como “la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto”¹⁴. Esta función de garantía se traduce en que la lesión del mismo es condición necesaria pero no suficiente para habilitar la intervención del poder punitivo mediante el castigo de una conducta como delito¹⁵. El ejercicio del *ius puniendi* estatal exige una afectación *significativa* del bien jurídico protegido por parte de una conducta determinada, reveladora de la dañosidad social¹⁶.

Va de suyo que, para la vigencia efectiva de estos enunciados, desempeñan un rol fundamental los sujetos encargados de la aplicación de las construcciones dogmáticas en los casos concretos, es decir, aquellos que interceden con potestad y autoridad para plasmar las ideas elaboradas por la ciencia jurídico-penal en las situaciones fácticas conflictivas que son llamados a resolver. La noción prevaleciente en cada uno de ellos, respecto a la naturaleza del Derecho Penal y su misión en el universo social, será determinante a la hora de efectivizar (o no) aquellas construcciones. A su vez, resulta concluyente el sistema dentro del cual tomen sus decisiones, es decir, la orientación dominante respecto a la composición de los *conflictos* sociales. Esta noción –la de *conflicto*– es la idea base del Poder Judicial democrático, esto es, de

¹⁴ ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., “Derecho Penal. Parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 489. Agregan estos autores que es este concepto limitativo de bien jurídico lo que “sirve para exigir como presupuesto del poder punitivo la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el Derecho (Constitucional, Internacional, Civil, etc.)”.

¹⁵ FERRAJOLI, L., “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Trotta, Madrid, 1995, p. 471.

¹⁶ CFed. de Córdoba, sala B, 17-5-2011, “Murúa, Laura p. s. a. Circulación de moneda falsa”. En idéntico sentido, la sala III del Trib.Cas.Pen. de la Provincia de Buenos Aires, en los autos “O., N. M. s/Recurso de casación impuesto por Fiscal General” del 23-4-2011, dejó sentado que “un Derecho Penal que gire en torno a la protección exclusiva de los bienes jurídicos más importantes respecto de los ataques más graves no puede dejar de considerar aspectos que hacen al grado y extensión de la lesividad como corrector de la tipicidad objetiva o en su caso como excluyente de una verdadera antijuridicidad material”.

aquellos sistemas de justicia donde se privilegia la resolución de los casos mediante parámetros de tolerancia y de no abuso de poder¹⁷. De esta forma, la ausencia de aquél o su mínima incidencia en el entramado social determinan una respuesta estatal menos violenta, superadora al Derecho Penal. Será fundamental supervisar si en el caso concreto es *necesaria* la intervención de éste para resolver el conflicto planteado. Para ello, debemos averiguar si concurren otros dispositivos capaces de dar una respuesta a esta cuestión.

En este sentido, podemos decir que existen diversas formas de protección que difieren del Derecho Penal, tales como la Ética Social, el Derecho civil y el Derecho Administrativo¹⁸. Ocurre, sin embargo, que “tales opciones o son inexistentes o parecen insuficientes o se hallan desprestigiadas”¹⁹. Es por ello que el Derecho Penal adquiere popularidad como mecanismo de sustento y fomento de soluciones jurídicas, ya que conserva en el imaginario social la potestad de desplegar su poder antojadizamente y no posee demasiadas barreras reales –cuya función esté directamente encaminada a mantener indemnes las garantías mínimas constitucionales– para su puesta en marcha. Como corolario de ello, y en proporción directa a la situación descrita, aumenta el descrédito de aquellas instancias aludidas de solución de disputas.

Lo mencionado, sin embargo, no puede constituirse en argumento para ampliar el poder punitivo, sino para resolver los problemas estructurales que cada una de dichas materias carga en su interior. El Derecho Penal no sólo es incapaz de resolver los conflictos interpersonales, sino que tampoco tiene la virtud de solucionar los inconvenientes propios de aquellas áreas del Derecho realmente concebidas para solventarlos. Por otro lado, “la visión del Derecho Penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social [...] supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio* [...] tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho Penal a cargas que éste no puede soportar”²⁰. La meta del Derecho Penal de un Estado

¹⁷ CFed.Cas.Pen., sala II, 31-10-2012, “G., H. H. s/Recurso de casación”.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales”, Civitas, Madrid, 2001, p. 61.

¹⁹ Íd.

²⁰ Íd., p. 65.

Democrático debe ser congruente con sus principios garantistas, dándole un uso alternativo, siendo la ilusión de la instrumentalidad de la pena superada y separada de aquél. Esto significa “poner una técnica rigurosa de limitación de lo que tal vez en un tiempo parecía una función útil y que hoy, cada vez más, aparece como la violencia inútil de las penas”²¹. En virtud de lo expuesto, en una sociedad democrática, el Derecho Penal no puede dar una custodia amplia respecto a los conflictos suscitados en su interior, sino que su ámbito de protección “está restringido a los ataques más graves”²², imponiéndose una redistribución de los conflictos sociales hacia las ramas del Derecho *competentes* para solucionarlos.

Conforme a lo explicado, parte de la doctrina entiende que negar el principio de insignificancia dentro de la teoría del delito implicaría un empleo mecánico y exegético de la ley penal, siendo afectada la seguridad jurídica, en virtud de renunciarse a una ley penal republicana (es decir, racional), minimizándose la función del bien jurídico y estando próximos al concepto de delito como pura lesión de deber²³. La seguridad jurídica, con este proceder, sería reemplazada por la voluntad de un Estado napoleónico²⁴. Una reacción penal en tales condiciones resulta absolutamente inadecuada, máxime si se entiende que la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos: el principio de necesidad exige que se recurra a él sólo como remedio extremo²⁵. El Derecho Penal no es un instrumento más de control social sino que, debido a sus consecuencias, resulta problemático (conflictivo en sí mismo), tanto para la sociedad como para los particulares involucrados, y es por ello que se requiere de garantías jurídicas especiales que sean determinantes para legitimarlo sólo ante infracciones graves

²¹ BARATTA, A., “Criminología y sistema penal”, B de F, Buenos Aires, 2004, p. 88.

²² HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal”, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1992, ps. 143 y 144.

²³ ZAFFARONI, op. cit., p. 557.

²⁴ Íd.

²⁵ CNCCorr., sala VII, 31-3-2009, “G., A. J. Hurto tentado. Procesamiento. Correcc. 12/77”, disidencia del Dr. Mauro A. Divito.

y como recurso extremo²⁶. Por otro lado, cuando el ataque al bien jurídico es exiguo no puede afirmarse que exista una verdadera subsunción de la conducta al tipo penal, es decir, la adecuación es parcial, ya que “se limita a la medida de la escasa afectación y, también por una cuestión de razonabilidad, no es pertinente afirmar la tipicidad material”²⁷.

3. Definición

Como explicamos, la conducta atribuida al sujeto debe importar una afectación penalmente relevante respecto del bien jurídico para poner en marcha el *ius puniendi* estatal o, desde otra perspectiva, la acción no debe poseer tan escasa gravedad que el hecho sólo pueda considerarse adecuado al tipo objetivo del delito desde un enfoque estrictamente formal²⁸. En este punto, diremos que el principio de insignificancia es aquel que consiente en considerar atípicas aquellas conductas que afectan de manera insignificante al bien jurídico protegido por el precepto penal²⁹. Roxin ha dejado en claro que el mismo “permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia”³⁰, y que bajo su acogida por la dogmática penal “se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad”³¹, provocando, de este modo, una “extraordinaria simplificación y racionalización del sistema penal”³².

Contra su aplicación –respecto a las lesiones tipificadas en el artículo 89, Código Penal– la jurisprudencia ha señalado para funda-

²⁶ CFed.Cas.Pen., sala II, 31-10-2012, “G., H. H. s/Recurso de casación”.

²⁷ SILVESTRONI, M. H., “Teoría constitucional del delito”, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 211.

²⁸ CNCCorr., sala VII, 10-3-2011, “B., D. A. Procesamiento. Hurto tentado. Corr. 8/61”, disidencia del Dr. Mauro A. Divito. Asimismo: Trib.Cas.Pen. de la Provincia de Buenos Aires, sala III, 26-4-2011, “O., N. M. s/Recurso de casación interpuesto por Fiscal General”.

²⁹ ZAFFARONI, op. cit., p. 553.

³⁰ ROXIN, C., “Política criminal y sistema del Derecho Penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, ps. 73 y 74.

³¹ Íd., p. 74.

³² FERRAJOLI, op. cit., p. 477.

mentar la condena que “el imputado ha producido una lesión, objetivamente típica, constitutiva de un daño en el cuerpo de la víctima, de suficiente entidad como para afectar el bien jurídico”³³; es decir, lo considerado fue si objetivamente se produjo un perjuicio para lograr afectar el bien jurídico, sin importar el ímpetu de dicho daño ya que éste, por insignificante que sea, implica un *atentado material a la persona*. En igual sentido, se ha indicado su irrelevancia como causal de atipicidad por considerarse una teoría contradictoria, en virtud de que “la afectación del bien jurídico existe o no existe, se da o no se da”³⁴. Buompadre expresa que “la magnitud del daño causado carece de importancia a los fines de la consumación del delito. El daño, por insignificante que sea, es lesión”³⁵. Donna, por su parte, adjetiva como “contradictoria” a la teoría de la insignificancia, porque la lesión al bien jurídico se produce o no se produce, no hay “medias tintas” en ese aspecto, y “frente a situaciones extremas, donde la lesión conferida es insignificante, una alternativa viable es recurrir al principio de razonabilidad (art. 28 de la Const. Nac.), declarando en el caso concreto inconstitucional la pena por no guardar relación con la gravedad del hecho”³⁶. Respecto al tipo de hurto, la CSJN se ha pronunciado de la siguiente forma: “cualquiera que sea la magnitud de la afectación del bien jurídico tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el referido artículo 162”³⁷. Para esta postura, la mayor o menor afectación al bien jurídico implicado tendrá incidencia al momento de graduarse la pena conforme a lo estipulado en el artículo 41 del Código Penal.

³³ TSJ de Neuquén, Sala Penal, 1-9-2010, “B., J. G. A. s/Lesiones leves calificadas por el vínculo”. En igual sentido: Trib.Cas.Pen. de la Provincia de Buenos Aires, sala II, 12-10-2010, “C., J. O. s/Recurso de casación”.

³⁴ CJ de Salta en los autos: “c/c Garnica, Roberto David” (del 3-12-2012); “c/c Delmastro Ingaramano, Oscar José u Oscar José Demastro Ingaramano” (del 28-11-2012); “Canavire, Juan Manuel” (del 21-8-2012).

³⁵ BUOMPADRE, J. E., “Manual de Derecho Penal. Parte especial”, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 87.

³⁶ DONNA, E. A., “Derecho Penal. Parte especial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 157.

³⁷ “Leonardo Esteban Adami y otro” del 25-9-86.

Expresan, quienes postulan su operatividad, que no puede objetarse la falta de certeza en el límite entre la insignificancia y la significación de la lesión, porque “las zonas grises nunca son pretexto que legitime la extensión del poder punitivo a todos los casos”³⁸. No obstante ello, el interrogante en este aspecto subsiste y parece legítimo indagar cuándo es nimio el ataque al bien jurídico y cuándo pasa a constituir una lesión o peligro que justifique la intervención del *ius puniendi* estatal. Al respecto, Hirsch elabora una respuesta: para ser insignificante, el pequeño disvalor de resultado deberá corresponderse indefectiblemente con un pequeño disvalor de acción, de manera tal que la sanción aplicable sea proporcionada con ello³⁹. Es decir, tanto la conducta como la mutación física que se da en el mundo a partir de ella deben ser insignificantes para que sea operativo el principio tratado. Por su parte, García Vitor⁴⁰ sostiene que la solución más propicia surge de la pena prevista en abstracto para el supuesto fáctico, siendo necesaria la proporcionalidad en la reacción penal, para lo cual la afectación del bien jurídico ha de tener una cierta relevancia.

Otro debate se genera en torno a los tipos penales que permiten el empleo de este principio. Un sector de la doctrina lo admite para aquellos bienes jurídicos protegidos que admiten grados de lesión⁴¹, esto es, debe existir la posibilidad de ponderar la entidad del daño o peligro en la figura típica para luego, en el caso concreto, desentrañar si el mismo ha sido insignificante o no. Desde otro sector se considera como criterio para el empleo de la insignificancia a la disponibilidad del bien jurídico, siendo posible solamente en aquellos tipos que revistan esta calidad. Así, no sería posible su aplicación en aquellas figuras penales que poseen una relevancia tal que, cualquiera sea su afectación, la atipicidad por insignificancia se tornaría intole-

³⁸ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, op. cit., p. 495.

³⁹ GARCÍA VITOR, op. cit., ps. 64 y 65. Agrega el autor que, respecto a esta postura, otra parte de la doctrina sostiene que la insignificancia se observa en la acción insignificante, y no en el mero resultado de escasa entidad, el que podrá ser, a lo sumo, una prueba de la conducta nimia.

⁴⁰ Íd., ps. 65 y 66.

⁴¹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, op. cit. Sostienen los autores que también se admite la aplicación de este principio en los tipos de peligro, en virtud de ser éste un concepto eminentemente graduable.

table⁴². Lo importante para esta postura es que el Derecho acuerda esta disponibilidad por la menor necesidad de tutela que requiere el bien jurídico⁴³. Por último, hay quienes admiten su aplicación a todos los tipos penales, de manera que “sirva como tamiz general de la tipicidad en relación con cualquier bien”⁴⁴.

Este principio, con los límites reseñados, es aplicable a los delitos previstos en el Código Penal de la Nación, las leyes penales especiales y las leyes no penales que contienen conductas tipificadas como delitos. Tiene lugar, asimismo, respecto a las contravenciones provinciales, siendo considerado de igual modo como una causal de atipicidad de las mismas⁴⁵. Se plantea la incógnita en cuanto a su aplicación respecto de las faltas disciplinarias establecidas en el marco de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Para resolver este interrogante partimos de la función limitadora que cumple el Derecho Penal frente al poder punitivo, siendo las construcciones de la dogmática jurídico-penal uno de los escudos más importantes que posee. Así como es indudable la pertenencia del plexo normativo de ejecución de la pena privativa de la libertad al Código Penal por imperativo legal (art. 229, ley nacional 24.660), tampoco puede vacilarse en lo que atañe a la valla sobre la libertad de los individuos encarcelados que constituyen las sanciones disciplinarias impuestas en dicho marco. Esto no debe malinterpretarse y ser traducido como la innecesariedad de un régimen regulatorio del comportamiento de los individuos que cumplen la pena de prisión dentro de los establecimientos penitenciarios. No obstante, si quien se encuentra en prisión debe aprender y aprehender las responsabilidades de los ciudadanos en libertad, también debe gozar de los derechos y garantías constitucionales que aquéllos poseen, con las salvedades impuestas mediante orden judicial. En términos generales, esto significa que “los presos deben mantener todos sus derechos, excepto el de la libertad ambulatoria”⁴⁶. Dichas máximas constitucionales circunscriben

⁴² LASCANO, op. cit., p. 406.

⁴³ GARCÍA VITOR, op. cit., p. 67.

⁴⁴ Íd., p. 68.

⁴⁵ CContrav. de la CABA, sala I, 10-8-2006, “Mello Duarte, Fernando Gabriel s/Infracción al art. 83, CC”.

⁴⁶ CSJN, 19-10-95, “Dessy, Gustavo Gastón s/Hábeas corpus”.

y delimitan a toda la normativa dictada para los contextos de encierro. Por ello, se afirma que los límites enmarcados por las garantías fundamentales de la persona exigen “la tutela de un valor –la igualdad, la libertad personal contra la arbitrariedad, los derechos y las libertades políticas, la certeza jurídica, la controlabilidad pública de las intervenciones punitivas, etcétera– que de ese modo resulta incorporado por las normas del ordenamiento jurídico positivo como vinculante respecto a todas las normas de nivel inferior”⁴⁷.

En síntesis, el sujeto encarcelado posee los mismos derechos que la persona ubicada fuera de la prisión –con excepción a la libertad ambulatoria–, resultantes del sistema de garantías derivado de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, debiendo ajustarse toda la normativa de rango inferior a dicho bloque de constitucionalidad. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido clara en este punto, afirmando que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado [...] la sujeción especial de un interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales”⁴⁸.

Cabe aclarar que, en este ámbito, será el director de la unidad penitenciaria donde el interno se encuentre alojado el que deberá cumplimentar lo dicho en primer lugar (art. 81, ley nacional 24.660). En caso de ser recurrida la sanción disciplinaria, será el magistrado interviniente en la instancia de apelación.

Lo dicho presupone evaluar la efectividad del principio desde un criterio valorativo y no meramente cuantitativo, analizando la situación específica respecto a la acción entablada y el bien jurídico comprometido, debiendo el juez ponderar la aplicabilidad del mismo en el caso concreto⁴⁹. A su vez, dicha valoración debe efectuarse objetivamente, no desde la perspectiva y ponderación realizada por el sujeto afectado⁵⁰. Por último, es fundamental que la afectación nimia se tra-

⁴⁷ FERRAJOLI, op. cit., p. 363.

⁴⁸ “Romero Cacharane, H. A. s/Ejecución penal” del 9-3-2003.

⁴⁹ GARCÍA VITOR, op. cit., p. 69.

⁵⁰ Íd., p. 70.

duzca en hechos concretos. No es suficiente para sustentar la aplicación de este principio que la voluntad del agente esté dirigida a producir una mutación en el mundo y origine una afectación irrisoria del bien jurídico, sino que la misma requiere una reproducción fáctica, real y concreta.

4. Consecuencias dogmáticas

Hemos señalado la consecuencia del principio de bagatela en el tipo doloso (activo y omisivo): se excluye la tipicidad. Ahora resta saber si la ubicación corresponde dentro de su área sistemática o conglobada. Se sostiene que la insignificancia “sólo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma”⁵¹, esto es, no mediante la consideración aislada del precepto legal (tipicidad sistemática), sino en conjunción y como parte integrante de la totalidad del orden normativo. Esto se traduce en la ausencia de tipicidad objetiva conglobante al comprobarse la afectación nimia del bien jurídico. Zaffaroni en un trabajo más reciente, aunque conserva esta tesis, coloca dentro de la tipicidad objetiva conglobante solamente a la ofensividad, arrojando hacia el área sistemática a la dominabilidad (la cual se obtiene verificando que objetivamente estén dadas las condiciones para que sea posible que la ofensa pueda considerarse como propia y no accidental o ajena)⁵².

En lo que atañe al tipo culposo debemos precisar que “la insignificancia en cuanto a la violación del deber de cuidado excluye la tipicidad [...] porque en general excluye el nexo de determinación”⁵³. Esto es, la violación escasa del deber de cuidado que corresponde en el caso concreto determina la atipicidad de la acción en virtud de imposibilitar el nexo de determinación y no por el principio de insignificancia en sí.

Cuando el agente cree que su conducta no es conflictiva porque

⁵¹ ZAFFARONI, op. cit., p. 555.

⁵² ZAFFARONI, E. R., “Estructura básica del Derecho Penal”, Ediar, Buenos Aires, 2009, ps. 94, 100 y 101.

⁵³ ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., “Manual de Derecho Penal. Parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 438.

la lesión al bien jurídico es insignificante estaremos frente a un error de prohibición, más precisamente un error de conocimiento directo de la norma prohibitiva, el cual redundará en el convencimiento del sujeto de que actúa lícitamente⁵⁴. Cuando este error es vencible la culpabilidad será de menor intensidad y cuando fuera invencible dará lugar a inculpabilidad. En ningún caso el error de prohibición plantea el interrogante respecto a los delitos culposos que existe en el error de tipo⁵⁵.

5. La insignificancia desde el enfoque procesal

El Código Procesal Penal de Santa Fe (CPPSF) recepta en su artículo 19, inciso 2º, al principio de insignificancia como una hipótesis de disponibilidad de la acción penal, facultando al Ministerio Público de la Acusación para no promover o prescindir, total o parcialmente, de aquélla cuando “...se trate de hechos que por su insignificancia no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo...” Esto implica que, en la medida en que no se modifiquen derechos sustanciales, el fiscal puede disponer de márgenes de decisión propia sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio de la acción penal⁵⁶.

En cuanto al contenido y alcance del precepto, es aplicable todo lo que explicamos con anterioridad, esto es, el fiscal puede disponer de la acción penal cuando la lesión o riesgo de afectación al bien jurídico sea exiguo. El “interés público” al que refiere el artículo es el representado por la Fiscalía como titular de la acción penal, cuyo ejercicio le corresponde. Por ende, su mención es consecuencia del principio de oficialidad que “responde al interés social, contribuye decididamente a que el proceso penal responda al interés público de justicia en todas sus manifestaciones”⁵⁷.

⁵⁴ ZAFFARONI, “Estructura...” cit., p. 223.

⁵⁵ Íd., p. 222.

⁵⁶ SCJ de Mendoza, 19-9-2005, “Fiscal c/Sosa Morán, Juan Rafael y ots. p/Daño Agravado s/Casación”.

⁵⁷ CLARÍA OLMEDO, J. A., “Derecho Procesal Penal”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. I, p. 233.

Se exceptúa su aplicación cuando el hecho lo comete un funcionario público, pero solamente si se lleva adelante “en el ejercicio o en razón de su cargo”. Esto se fundamenta en el “especial deber de cumplir la ley por parte de quienes desempeñan funciones públicas y de no aprovechar o abusar de la posición que da la función pública”⁵⁸, pilar fundamental para el regular ejercicio del cargo encomendado.

Si bien, en caso de encontrarse frente a un hecho atípico, el fiscal posee la facultad de acudir a la desestimación prevista en el artículo 273 del CPPSF, no toda la doctrina considera a la insignificancia como supuesto de atipicidad, asegurándose el legislador con el precepto del artículo 19, inciso 2º: que efectivamente no ingresen al sistema penal acciones insignificantes.

6. Conclusión

Acogiendo la teoría de la insignificancia se considera que la afectación irrisoria del bien jurídico es causal de atipicidad. Ello sucede porque se aprecia a la norma penal dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto, excluyendo la tipicidad objetiva conglobante dentro de la teoría del delito, con el subsiguiente desvanecimiento del injusto penal.

Observamos que su reconocimiento no resulta optativo frente a las prescripciones esenciales emanadas de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que guían al Derecho Penal liberal dentro de un Estado Republicano y Democrático. Su incorporación dogmática deriva en imprescindible para hacer efectivos los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad, humanidad, *ultima ratio* y lesividad. No obstante, se aprecia que las soluciones tendientes a excluir la aplicación de pena mediante otros recursos en relación con circunstancias fácticas similares poseen la misma aptitud para realizar el valor justicia y hacer efectivos aquellos principios mencionados.

Finalmente, admitimos su operatividad en tanto conduzca a reducir el poder punitivo, latente en diversos espacios sociales. De este modo,

⁵⁸ ERBETTA, D. *et al.*, “Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe comentado”, Zeus, Santa Fe, 2008, p. 110.

su aplicación se extenderá tanto a la órbita del Derecho Penal como al Derecho contravencional y al Administrativo sancionador vigente en el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad. Sobre este último punto pareciera existir cierta reticencia a trasladar las garantías propias del proceso penal hacia el Derecho disciplinario de las prisiones. No obstante, si se repara en las implicancias que una sanción disciplinaria posee para el sujeto encarcelado –suspensión de las salidas otorgadas, retrotracción en las etapas de la progresividad, cancelación de ciertos derechos dentro del establecimiento, entre otros– parece evidente que aquellos principios y garantías deben apreciarse con la misma fuerza.

Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique, “Principios constitucionales de Derecho Penal”, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BARATTA, Alessandro, “Criminología y sistema penal”, Buenos Aires, B de F, 2004.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Manual de Derecho Penal. Parte especial”, Buenos Aires, Astrea, 2012.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, t. I.
- DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal. Parte especial”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. I.
- “Teoría del delito y de la pena”, Buenos Aires, Astrea, 1996, t. I.
- ERBETTA, Daniel *et al.*, “Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe comentado”, Santa Fe, Zeus, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Madrid, Trotta, 1995.
- GARCÍA VITOR, Enrique Ulises, “La insignificancia en el Derecho Penal. Los delitos de bagatela”, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1992.
- LASCANO, Carlos Julio, “Derecho Penal. Parte general”, Córdoba, Advocatus, 2005.

- MIR PUIG, Santiago, “Introducción a las bases del Derecho Penal”, Buenos Aires, B de F, 2003.
- ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte general”, Madrid, Civitas, 1997, t. I.
— “Política criminal y sistema del Derecho Penal”, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales”, Madrid, Civitas, 2001.
- SILVESTRONI, Mariano H., “Teoría constitucional del delito”, Buenos Aires, Del Puerto, 2004.
- WELZEL, Hans, “Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Depalma, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Estructura básica del Derecho Penal”, Buenos Aires, Ediar, 2009.
— “Tratado de Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Ediar, 1981, t. III.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Ediar, 2002.
— “Manual de Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Ediar, 2012.

**DE LA TEORÍA GENERAL A
LA DOGMÁTICA JURÍDICA**
EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA
NACIÓN (CCCN) DE RONALD DWORKIN
A ENRIQUE DUSSEL

por LUCÍA MARÍA ASEFF*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Volviendo a Ronald Dworkin. 4. La visita de Enrique Dussel. 5. El valor de los principios en el Derecho Laboral. 6. Conclusión.

Resumen

Las nuevas directivas del Código Civil y Comercial de la Nación introduciendo algunas modificaciones a las ya existentes sobre fuentes, interpretación y aplicación de la ley, así como el deber de resolver que tienen los jueces, incorporan sin decirlo expresamente dos corrientes de pensamiento provenientes de la Teoría General del Derecho con destacada presencia desde las últimas décadas del siglo pasado hasta el presente: el neoconstitucionalismo y las teorías de la argumentación. Se abre así un espacio distinto para los operadores del Derecho, donde algunas elaboraciones, como la que hace Dworkin al distinguir reglas directrices y principios, vuelven a tener actualidad. Pero teniendo en cuenta desde dónde y por quién son elaboradas, no se pueden dejar de conjugar con lo que puede significar para quienes vivimos en esta

* Profesora titular ordinaria, Facultad de Derecho, UNR.

parte del mundo; porque si bien el nuevo Código tiene en consideración la protección de los vulnerables, no se ocupa suficientemente de los excluidos y los desposeídos y estos colectivos también tienen que formar parte de nuestras reflexiones al momento de hacer operativo el Derecho, porque tanto somos herederos de una tradición europeísta como descendientes de pueblos originarios, aunque esta situación no sea la misma en todos los países de la América Latina a la que pertenecemos por tradición, geografía y cultura.

Abstract

The new directives from the Civil and Commercial Code of the Nation introduced some modifications to the existing ones about sources, interpretation and application of the law, as well as the duty to resolve that judges have. They also incorporate, without saying it expressly, two currents of thought that come from General Law Theory with outstanding presence from last decades of the past century to the present: the neoconstitucionalism and theories of argumentation. This way, a different space for Law operators is opened, where some theories, like the one that Dworkin does distinguishing directive rule and principles, come back to present. But having in mind since where and who elaborates them, they can not stop being related to the meaning that it has for people that live in this part of the world; because although the new Code has in consideration the protection of the most vulnerable ones, it really doesn't take care of the excluded and dispossessed ones; and these people have to be part of our reflections too, because we are all inheritors of an european tradition and also descendants of aboriginal communities, even though this situation is not the same in every Latin American country.

Palabras clave

CCCN. Dworkin. Dussel.

Keywords

CCCN. Dworkin. Dussel.

1. Introducción

Lo que voy a decir no es nuevo pero sí lo son –relativamente– los desafíos que plantea el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) que rige desde el 1º de agosto del año 2015: no sólo a civilistas y comercialistas, sino también a las otras disciplinas del ámbito jurídico, puesto que cuando requieren el auxilio de métodos y principios que por definición les son ajenos, acuden a este *corpus*, porque como se ha dicho con insistencia y así funciona, constituye el Derecho común de fondo de todas aquellas materias que no están expresamente contenidas en sus normas, pero a las que se recurre en situaciones complejas para resolver un caso o definir una cuestión controversial.

Y para aplicar sus normas no siempre bastará con su atenta lectura o con desentrañar su sentido desde un punto de vista estrictamente literal, sino que será necesario acudir a las herramientas que nos proporcionan la Teoría de las Fuentes y la Metodología Jurídica, que constituyen temas centrales de la Teoría General o Filosofía del Derecho, denominaciones que suelen abarcar las mismas o parecidas materias, según en qué corriente o autor nos referenciamos, lo que exigirá del intérprete un acabado conocimiento y eficaz manejo de estos recursos instrumentales.

Prueba de ello lo constituyen, entre otros, pero principalmente, los tres primeros artículos del nuevo CCCN.

2. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

En tal sentido corresponde destacar los tres primeros artículos del nuevo CCCN –que ya no lo es tanto pero puede seguir recibiendo esa calificación si lo comparamos con la antigüedad y dilatada vigencia que tuvo el de Vélez Sársfield– dado que introducen algunas modificaciones con relación al anterior Código Civil, a saber:

Que cuando en el artículo 1º, *Fuentes y aplicación*, se refiere a la ley, a “...la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”, incorpora lo que sigue: “A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. *Los usos, prácticas y costumbres* son vinculantes cuando las leyes o los interesados se

refieren a ellos o *en situaciones no regladas* legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Cuestiones: las destacadas en cursiva sobre las que luego volveré.

Y ampliando el campo de referencia en el artículo 2º, y el de fundamentación en el artículo 3º, establece:

“Artículo 2º – *Interpretación*. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta *sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos*, de modo coherente con todo el ordenamiento”, definición que, inevitablemente, se extiende más allá de la estricta letra de la ley la posibilidad de elaboración y aplicación no sólo de los métodos de interpretación, sino también, por vía indirecta, del ámbito de las fuentes a disposición del intérprete.

“Artículo 3º – *Deber de resolver*. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción *mediante una decisión razonablemente fundada*”, imperativo insoslayable para el adecuado control que le compete tanto a las partes como sobre todo a las instancias revisoras, mediante la incorporación implícita de las teorías de la argumentación jurídica, que hace más de medio siglo vienen ocupando un lugar central en la Filosofía y la Teoría General del Derecho.

Y aunque el CCCN no lo dice expresamente, así como abre una puerta importante a la argumentación jurídica, algo similar sucede con los principios del neoconstitucionalismo –que tanta difusión han tenido no sólo en el ámbito del Derecho Constitucional sino también en el de la Teoría General–, en tanto incorporan al quehacer del juez la posibilidad de decidir no sólo por reglas sino también o solamente por principios, de ser necesario, lo que es acompañado de un nuevo método o recurso, el de la *ponderación*, que complementa o incluso puede llegar a sustituir, en caso de necesidad –o no–, al clásico sistema de la subsunción. Y, desde ya, requiere saber argumentar.

No me ocuparé en este trabajo de las críticas que esta teoría ha suscitado, sino de algunos de los aportes que la Filosofía Jurídica puede hacer para facilitar la labor del intérprete, sustentando sus conclusiones desde otra perspectiva cuando el caso no se agote ni se pueda resolver con el solo recurso a la dogmática jurídica.

3. Volviendo a Ronald Dworkin

Esta actualización plantea nuevos desafíos al intérprete de la ley y a quien la aplica, y en este sendero he pensado que tal vez sea útil para cualquier rama del Derecho volver a “visitar” las primeras o más difundidas enseñanzas de Ronald Dworkin –un neousnaturalista norteamericano de cuño liberal, individualista, más bien radical en esos tiempos, aunque posteriormente inclinado a posturas un tanto metafísicas, fallecido en el año 2013– cuando, en tren de formular una aguda crítica al modelo positivista porque sólo tiene en cuenta las normas, señalara que *este modelo estrictamente normativo sólo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios*, en “Los derechos en serio”, Planeta, Barcelona, 1993, elementos cuya incorporación al bagaje de cualquier jurista esta nueva versión del CCCN parece auspiciar, sobre todo si analizamos detenidamente los términos en los que están formulados estos tres primeros artículos, que más allá de su breve redacción y su aparente simplicidad, prácticamente constituyen un programa integral de interpretación y aplicación de la ley.

Este autor trata de demostrar que a pesar de tratarse de dos órdenes normativos diferentes, *la distinción entre el Derecho y la moral no es en la práctica jurídica de los tribunales tan rígida ni tan clara*. Y se esté o no de acuerdo con la estricta separación entre Derecho y moral para definir al Derecho positivo vigente, el análisis de las decisiones jurisdiccionales indican que algo de razón le asiste.

Explica en qué medida esta visión del positivismo clásico es unilateral, dado que junto a las *normas* existen *principios y directrices políticas* que no se pueden identificar por su origen, como sucede con las normas, sino *por su contenido y su fuerza argumentativa*.

Mientras las *directrices* hacen referencia a *objetivos sociales* que se deben alcanzar y se consideran socialmente beneficiosos (cuestión que aunque sea implícitamente suele estar en la base de la idea de Derecho en cuanto sistema de control social destinado a fomentar la solución pacífica de conflictos, sea cual fuere la concepción que se tenga del mismo), los *principios*, por su parte, hacen referencia a *la justicia y la equidad*.

Mientras que las normas se aplican o no se aplican, los principios

dan *razones para decidir* en un sentido determinado, pero a diferencia de las normas su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. Es el contenido material del principio –*su peso específico*– el que determina cuándo se debe aplicar a una situación determinada. A lo que se llega mediante el “moderno” método de la ponderación.

Los principios, además, informan las normas jurídicas concretas de tal modo que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera insoslayable. Pero esta consideración “integral” del fenómeno jurídico tiene también la ventaja de que aun los casos difíciles poseen una respuesta correcta en el Derecho preestablecido, minimizando así la función discrecional de los jueces cuando deben decidir ante la ausencia de una norma exactamente aplicable al caso, porque en estos casos tendrán que acudir a los principios, cuya aplicación no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría, o sea, *saber argumentar*.

Dworkin sostiene que en la medida en que los principios forman parte esencial del Derecho, ello impide la creación de normas retroactivas para la solución del caso difícil y lo sustraen de la irracionalidad y la subjetividad del juez, haciendo que decida con fundamento racional, con lo que si bien se niega el poder político del juez no por ello se reduce su actividad a una mera operación mecánica.

Y muestra con bastante claridad las necesarias conexiones entre el Derecho, la moral y la política, frente a otras escuelas que se han esmerado en señalar las diferencias y la autonomía absoluta entre ellas, pretendiendo reconstruir los puentes que estas escuelas han destruido y poner de manifiesto el conflicto que a menudo se presenta entre la moral y el Derecho.

Es así que en una carta del 28 de diciembre de 1983 sostenía: “Creo que nuestra materia ha sufrido aislamiento en el sentido de que los conceptos legales pueden ser explorados por sí mismos de un modo útil, lo cual da como resultado un trabajo analítico estéril. He intentado poner especial énfasis en el hecho de que los conceptos jurídicos fundamentales, incluyendo la idea misma de Derecho, son conceptos contestados o interpretativos, de tal modo que no pueden explicarse utilizando las formas convencionales de análisis conceptual o lingüístico

que se usan para explicar, por ejemplo, el concepto de justicia. Por tanto, cualquier Teoría del Derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa”. O sea, debe ser a la vez conceptual y normativa.

Sin embargo, sobre el fin de sus días fue profundizando sus vetas metafísicas y un liberalismo que oscila entre el escepticismo moral y algunas elaboradas y confusas teorías más bien expresivas de peticiones de principios y deseos al modo de esperanzas destinadas a justificar la elección y posibilidad del buen vivir al que todas las personas deberíamos aspirar, que aparece con bastante claridad en su última obra: “Justicia para erizos”.

En un artículo titulado “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista” –que se publicó en el mes de diciembre del año 2014, en el volumen 15 de la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, que tiene entre sus citas bibliográficas este texto de Dworkin– Manuel Atienza afirma que un límite del positivismo es su carencia de una teoría de la argumentación; y que la tesis de la unidad de la razón práctica supone la incorporación en el Derecho de la argumentación moral, dado que el *objetivismo moral* es un presupuesto para entender la exigencia de que los órganos públicos tengan que fundamentar sus decisiones. Sostiene también que el Derecho no puede reducirse ni a principios ni a reglas, y aunque el concepto de derechos fundamentales implica, en el nivel normativo, tanto reglas como principios, existe otro nivel, el valorativo, necesario para dar cuenta de manera satisfactoria de la noción de derechos fundamentales, afirmaciones que por otra vertiente lo vinculan al primer Dworkin que aquí rescato.

4. La visita de Enrique Dussel

Mientras reflexionaba sobre estas cuestiones, Enrique Dussel visitó nuestra Facultad por haber recibido de la Universidad Nacional de Rosario el Doctorado Honoris Causa, brindando una conferencia sobre algunas de sus ideas el día 28 de agosto de 2017. Y aunque conocía casi desde sus inicios parte de su vasta obra y la existencia de la

Filosofía de la Liberación, que se presentó oficialmente en el Congreso de Filosofía de Córdoba del año 1971 y de la que fue y es uno de sus principales exponentes –que supe trabajar con mis alumnos de Introducción a la Filosofía y las Ciencias Sociales en los comienzos de mi desempeño como titular de dicha cátedra sin desdeñar los aportes provenientes del mundo anglosajón, desde el eurocentrismo, el occidentalismo y el mundo desarrollado– su conferencia me volvió a situar en lo que más modernamente conocemos como el giro descolonizador o descolonial, que nos incluye sin hesitaciones en ese dificultoso y controvertido terreno, pero que persistimos en ignorar, algunas veces en forma consciente, otras llevados por cierta inercia del pensamiento y de los temas y “modas” teóricas que marcan la agenda actual de la disciplina que cultivamos, dejando de lado lo que significa para América Latina su insoslayable situación de dependencia, últimamente acentuada por imperio del emplazamiento ideológico de la mayor parte de los gobiernos que actualmente imperan en la región.

Reparé entonces que en este nuevo CCCN se alude a menudo a los vulnerables – nombrándolos expresamente o no– pero tal parece que nos hemos olvidado de los oprimidos, de los excluidos, y de que el poder que podamos ejercer a través de la creación y aplicación del Derecho tiene que estar destinado a mejorar su situación, lo que marca otra dimensión política y económica respecto del sujeto de derecho.

Y para decirlo sencillamente, pensé que había que rescatar esas ideas de la Filosofía de la Liberación y persistir en la construcción de una Filosofía Jurídica situada que tenga siempre presente al diálogo con las distintas culturas que habitan cada parte desfavorecida del mundo, como sucede con la nuestra, entre otras, y la interculturalidad que nos impregna, para construir eso que Boaventura de Sousa Santos llama una “Epistemología desde el Sur”.

5. El valor de los principios en el Derecho Laboral

Deteniéndome ya en las conexiones que se pueden llegar a establecer con la rama de la Dogmática Jurídica en la que desarrollo mi labor jurisdiccional, he de decir que la ventaja del Derecho Laboral en este ámbito es enorme, porque tal como lo señalara Plá Rodríguez

en su clásica obra “Los principios del Derecho del Trabajo” –Depalma, Buenos Aires, 1978– estos principios “constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, por lo que no puede haber contradicción entre ellos y los preceptos legales” en la medida en que principios y preceptos legales responden a una misma concepción. Y esta ventaja es notoria no sólo porque el Derecho Laboral tiene muchos principios específicos que le dan identidad, sino también porque están especificados en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y la mayor parte de ellos están positivizados, es decir, están contenidos en “la ley de fondo común” de la disciplina, que es la Ley de Contrato de Trabajo. Y expresamente nombrados como fuentes de este Derecho en su artículo 2º, que también hace alusión a “los usos y costumbres”, expresión que aunque no lo diga en esos términos puede llegar a habilitar, a la hora de juzgar, la consideración de las prácticas sociales –discursivas y no discursivas– sobre las cuales, quienes nos identificamos con las teorías críticas, hemos puesto nuestra atención cuando abordamos el análisis del Derecho.

En esa línea de investigación he profundizado *el análisis del discurso jurídico como productor de sentido social* –y también, a veces, como su producto– para poner de relieve *la relación entre los textos* que expresan el Derecho vigente y *el contexto en que se producen, circulan y se consumen*, explicando algunas cuestiones básicas de toda visión crítica del Derecho: cómo es el proceso de producción de las normas jurídicas, qué intereses expresan, cuál es el resultado final de estos conflictos y acuerdos, cómo son aplicadas y de qué manera resignifican y adaptan un esquema normativo siempre rígido a situaciones históricamente connotadas por otras contingencias sociales, políticas y económicas distintas de las que imperaban en el momento de creación de esas normas. Y de qué manera podemos salir airoso de esta delicada tarea de hacer justicia sin prescindir de las normas, sin traicionar los principios y sin dejar de tener presente cuáles son las directrices que operan en un determinado contexto para ubicarlas en sus justas dimensiones, porque los objetivos sociales valiosos de entonces hoy pueden haber sido reemplazados por otros distintos.

Con independencia de la visión jusfilosófica que se sustente, diría que estos tres elementos a la mano del intérprete que teorizó Dworkin

no sólo amplían en forma notoria el campo de referencia al que pueden acudir cuando frente al caso se vean forzados a decidir o argumentar, sino qué reglas, directrices y principios pueden ser utilizados –aunque en distinta medida y en armonía con la rama del Derecho que se trate– por todo jurista, sea cual fuere el campo jurídico específico en que desarrolle sus reflexiones y actividades, pero sin olvidar que todo pensamiento es pensamiento situado y que esa cuestión nos señala, también, un camino.

Tal vez no todos los cultores de la Dogmática Jurídica estén de acuerdo con esta aproximación al Derecho que aquí se propone, pero sería una pena que la desecharan sin asomarse a la riqueza de posibilidades que ofrece al operador de la ley.

6. Conclusión

Los tiempos han cambiado y además lo siguen haciendo, vertiginosamente, mientras que las normas del Derecho positivo no siempre siguen ese ritmo: no lo han hecho casi nunca y tal vez menos ahora por la velocidad de los cambios sociales, de las configuraciones ideológicas prevalecientes y de los emplazamientos teóricos que tienden a representar.

Pero los fenómenos negativos como la opresión, la exclusión, la miseria y la discriminación persisten en la mayor parte del mundo.

Y si algo puede aportar la Teoría General –muy modestamente– al mejoramiento de la situación de las personas que sufren, tal vez una de las formas más sencillas y productivas podría ser adoptar estos aportes de Dworkin en la medida en que sean útiles para identificar las fuentes de la rama del Derecho que cultivan, sus principios hermenéuticos y su aplicación al caso concreto, porque pueden llegar a ser herramientas insustituibles, tanto para subsumir como para ponderar, pero sin olvidar quién es y desde dónde escribe, su trayectoria académica e intelectual y las obvias limitaciones que se derivan de pertenecer a esa sociedad que supo ser opulenta y en alguna medida lo sigue siendo, al menos en comparación con la nuestra. Pero, sobre todo, sin olvidar quiénes somos nosotros, los que vivimos en esta parte del mundo, expoliada pero no menos rica culturalmente, con tradiciones

diversas y con sujetos necesitados de una protección especial, lo que dotará a los principios y directrices cuando se trate de integrar las normas de un contenido diferente, situado y benéfico para nuestros pueblos y nuestra cultura, la jurídica y la antropológica. Diversidad que en parte se recoge no sólo en el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional sino también en el artículo 18 del nuevo CCCN, aunque en forma insuficiente y siempre en pugna con intereses mucho más poderosos que disputan palmo a palmo la propiedad de la tierra, con las consecuencias negativas a las que hemos asistido, incluso para nuestra soberanía como Nación.

Por eso es necesario abordar estas cuestiones munidos de una suerte de “pluralismo epistemológico” y de una auténtica vocación interdisciplinaria, que nos permita comprender no sólo los distintos tipos de herramientas que podemos utilizar a la hora de definir el enfoque a partir del cual elaboraremos la presentación o la solución del caso, sino, sobre todo, la realidad compleja y plural que conforma el fenómeno jurídico en esta parte del mundo.

Nuevas normas –el CCCN– y antiguas (aunque no tanto) propuestas: he aquí un fenómeno bifronte a partir del cual, con los aportes epistemológicos del giro descolonial que han trabajado los cultores de la Filosofía de la Liberación y los que nos brindara Ronald Dworkin, tal vez podremos integrar las lagunas, lo que quedó desactualizado, o se tornó injusto o inadecuado.

Y aunque no suscribo todas sus ideas acerca del Derecho y la política ni, en términos generales, la escuela que representa, ello no me impide reconocer el valor de estas transitadas tesis y su posibilidad de ser aplicadas al pensar situado –que también debe estar presente en las reflexiones de orden jurídico–, sometiendo a la consideración de los lectores, muy sumariamente, esta propuesta destinada a darles un adecuado uso instrumental en la interpretación y aplicación de la ley, en la medida de que puede llegar a ser de utilidad para cualquier rama del Derecho, al mismo tiempo que erigirse en una eficaz protección para quienes más la necesitan.

REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA PROVINCIA DE SANTA FE

¿QUÉ HACER CON LAS CLÁUSULAS PÉTREAS Y SU SOBERBIA ETERNIDAD?

por LEANDRO BATALLA¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El camino hacia la reforma constitucional. 3. Constituciones pétreas, cláusulas pétreas y Derecho federal. 4. De los contenidos pétreos mínimos a la explosión de los contenidos. 5. El incólume artículo de prerrogativas por antonomasia y su relación con el control de constitucionalidad. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo pretende ser un aporte concreto sobre el proceso de debate acerca de la reforma constitucional que en nuestra Provincia se viene llevando a cabo mediante el proceso deliberativo denominado “Bases para la reforma”.

Para dicho cometido nuestro análisis examina la existencia o no de cláusulas pétreas en la Constitución de la Provincia de Santa Fe, entendidas éstas como aquellas estipulaciones que aun en el marco de una reforma constitucional son inalterables y por lo tanto se encuentran ajenas al debate democrático.

En este punto se realiza una distinción entre cláusulas pétreas y obligaciones impuestas a los Estados subnacionales por la Constitución Nacional. Además, distinguiremos entre cláusulas pétreas implícitas y

¹ Profesor de Historia Constitucional Argentina y adscripto de Derecho Constitucional.

explícitas, para por último realizar un estudio comparativo acerca de la posición de parte de la doctrina sobre el contenido que estipula constitucionalmente inmodificable.

La investigación también hace hincapié en la posibilidad de modificar el actual artículo 3 de la Carta Magna local que establece una religión estatal oficial, y estudia la posibilidad de poder impulsar la configuración de un Estado laico o al menos que no establezca preferencia alguna por ningún credo.

Por último, se analiza la posibilidad de que uno de los poderes constituidos del Estado, el Poder Judicial, realice un control de constitucionalidad sobre el poder constituyente: “la Convención Constituyente” y sobre la ley de necesidad de la reforma proveniente de la Legislatura provincial. El tema es hartó complejo toda vez que uno de los poderes constituidos del Estado es pasible de ser compelido a manifestarse acerca de la plausibilidad o no de ser modificados ciertos artículos.

Abstract

This paper intends to be a concrete contribution on the debate process about the constitutional reform that in our Province is being carried out through the deliberative process called “Bases for the reform”.

For this purpose our analysis examines the existence or non-existence of stony clauses in the Constitution of the Province of Santa Fe, understood as those stipulations that even in the framework of a constitutional reform, are unalterable and by the many are outside the democratic debate.

At this point a distinction is made between stony clauses and obligations imposed on sub-national States by the National Constitution. In addition, we shall distinguish between implicit and explicit stony clauses, to finally make a comparative study of the position of part of doctrine on the content that stipulates constitutionally unchangeable.

The research also emphasizes the possibility of modifying the current article three of the local Charter that establishes an official state religion, and studies the possibility of being able to impel the configuration of a lay State or at least that does not establish any preference for any creed.

Finally, it is analyzed the possibility of one of the constituted powers of the State, the Judiciary, to carry out a constitutional review on the constituent power: “the Constituent Convention” and on the law on the need for reform from the provincial Legislature. The subject is very complex since one of the constituted powers of the State is liable to be compelled to express itself about the plausibility or not of being modified certain articles.

Palabras clave

Reforma constitucional. Cláusulas pétreas. Control de constitucionalidad.

Keywords

Constitutional reform. Stony clauses. Constitutional control.

1. Introducción

Hemos realizado este trabajo con la idea de que se constituya como un aporte a la discusión ante la eventual reforma de la Constitución de la Provincia de Santa Fe que se avecina.

La existencia o no de contenidos inmodificables ha sido objeto de estudio por numerosos autores, pero éstos han hecho especialmente hincapié en la Constitución Nacional (en adelante CN). Si bien nuestro trabajo recoge muchos de dichos aportes, con él apuntamos al estudio de las cláusulas pétreas en nuestra Carta Magna local.

Luego analizaremos si de existir dichos contenidos éstos son posibles de ser suprimidos o cuando menos modificados, y la relación que dicha situación podría implicar con el control de constitucionalidad que el Poder Judicial efectúa sobre tales modificaciones.

2. El camino hacia la reforma constitucional

Han pasado 54 años desde que en la Provincia de Santa Fe se implementó la última reforma constitucional, que tuvo lugar en el año 1962.

Su antigüedad no es el único justificativo para que su texto deba

ser reformado, ya que las transformaciones sociales impresas en el último medio siglo demandan la inclusión de los nuevos derechos, incorporados por la reforma de 1994 en la Constitución Nacional, tales como la autonomía de los municipios, el fortalecimiento de las instituciones, la implementación de herramientas de participación popular, la protección del medio ambiente, el acceso a la información pública, entre otros.

Tiempo atrás, los anteriores gobernadores de nuestra Provincia (Obeid, Binner, Bonfatti) han intentado impulsar numerosas iniciativas de reforma; sin embargo, las distintas coyunturas políticas pusieron coto a las pretensiones reformistas de los titulares de la primera magistratura provincial.

El actual gobernador Lifschitz ha hecho pública su intención de impulsar la declaración de necesidad de reforma de la Constitución Provincial. Su propuesta fue lanzar el programa “Bases para la Constitución”, convocando a especialistas, a la ciudadanía y a representantes de partidos políticos para que comiencen a discutir acerca del contenido de la Ley Suprema.

3. Constituciones pétreas, cláusulas pétreas y Derecho federal

Dejando de lado el supuesto extremo y anacrónico de una Constitución que no contemple la posibilidad de su reforma parcial, o que la prohíba completamente, haremos hincapié en aquellas cláusulas o principios contenidos en ellas, que por propia determinación constitucional resultan jurídicamente declarados de imposible reforma, es decir, pétreos.

En primer lugar, es necesario recordar que nuestro país se enmarca en un sistema federal y, como tal, las provincias son autónomas y preexistentes al Estado nacional. Sin embargo, deben respetar la supremacía de la CN y el Derecho federal, que imparte ciertos requisitos que las provincias deben cumplir y efectivizar; de no ser así, existe la posibilidad de que el Estado nacional pueda intervenirlas (arts. 5º y 6º de la CN). Entre estas cláusulas que las constituciones provinciales deben cumplir encontramos: el sistema representativo, la forma de gobierno republicana, la adecuación del texto provincial a los princi-

pios, declaraciones y garantías de la CN, el aseguramiento de la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria.

Dicho esto, se deduce que ninguna provincia puede establecer un sistema político en ausencia de una división de poderes o con una preeminencia del Poder Ejecutivo por sobre los restantes poderes del Estado.

En segundo lugar, analizamos si es factible poder reformar cualquiera de los demás artículos de la Constitución Provincial, o existen, como alude parte de la doctrina, contenidos pétreos o inmodificables. Este tipo de cláusulas pueden ser expresas o implícitas. Las primeras son las prescripciones jurídicas en el texto constitucional que imposibilitan la reforma de ciertos postulados; son, por lo tanto, un verdadero límite jurídico a la posibilidad de reforma. Por otro lado, las implícitas son aquellos condicionamientos provenientes por fuera del marco jurídico, tanto ideológicos como estructurales, que consideran que ciertas pautas son ajenas de disponibilidad por el convencional constituyente.

Nuestra Constitución Provincial carece de cláusulas pétreas expresas, ya que en ningún punto de ella se infiere expresamente algún condicionamiento jurídico. Es más, en el artículo 114 establece que “La ley determina si la reforma debe ser total o parcial y, en este último caso, los artículos o la materia que hayan de reformarse”. Por ello, lo que se puede inferir de dicho artículo es que la propia Constitución establece que ésta pueda ser reformada en partes pero también puede ser fruto de una reforma de tipo integral.

Ahora bien, el eje radica en vislumbrar si existen cláusulas pétreas de tipo implícitas. Este punto será tratado más adelante, ya que antes es necesario hacer un análisis de la doctrina clásica y actual imperante en la materia.

4. De los contenidos pétreos mínimos a la explosión de los contenidos

Bidart Campos entiende que se han consolidado implícitamente a lo largo de nuestra tradición histórica un conjunto de contenidos a los cuales se les ha atribuido el rango de contenidos pétreos, por lo que mientras se mantengan las características del Estado, dichos contenidos no pueden ser modificados válidamente, alterados o abolidos por alguna

reforma constitucional². Podrán, según el autor, ser objeto de modificación y reforma, pero no de destrucción o supresión, los siguientes contenidos pétreos: (a) la democracia; (b) el federalismo como forma de Estado; (c) la República como forma de gobierno; (d) la confesionalidad del Estado.

Si dichos contenidos llegaran a alterarse sustancialmente, se considera que se estaría suplantando por otra estructura estatal a la Nación Argentina, ya que ésta se basa en los valores mencionados y en los “pactos preexistentes” que dieron origen a la sociedad política encuadrada jurídicamente en la Constitución originaria de 1853/1860.

En un estricto razonamiento de Derecho positivo, no cabe duda de que tales prohibiciones se proponen enervar la función reformadora, impidiendo que ésta pueda recaer sobre ciertos aspectos de la Constitución, que el constituyente originario ha considerado demasiado importantes para sustraerlos definitivamente de la competencia de los órganos de revisión establecidos por ese mismo constituyente. Pero si trascendemos las fronteras del formalismo jurídico, y buscamos una respuesta que no se encierre en las pautas lógicas de una creación regular del Derecho Constitucional, avizoraremos otro panorama: el de la revolución en el sentido de que la existencia en las constituciones de cláusulas pétreas es con el tiempo una invitación y una incitación a la consumación de estos cambios al margen del estilo evolucionista que subyace en el pensamiento constitucional.

Consideramos que las cláusulas pétreas vulneran la soberanía popular y a la democracia misma, ya que si entendemos a la democracia, al igual que lo hace Rosatti, como el sistema que propicia la participación de todos, proponiéndose la consecución de fines valiosos, permitiendo la comprensión de la complejidad de los problemas sociales y buscando lograr soluciones adecuadas³, estas prohibiciones –preñadas de soberbia eternidad– no consiguen mantenerse enquistadas más allá de los tiempos de normalidad y estabilidad, fracasando en su finalidad cuando sobrevienen tiempos de crisis, cuyas eventualidades no pudieron contemplar o no consiguieron someter.

² BIDART CAMPOS, G., “Manual de Derecho Constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1972, p. 29.

³ ROSATTI, H., “La democracia”, ficha de maestría, 2016, p. 8.

Nos preguntamos: ¿por qué los contenidos anteriormente mencionados son péticos y no otros? ¿Acaso la CN no es suficientemente clara cuando en su artículo 30 establece que puede reformarse en todo o en sus partes? ¿No hay una intención política de quienes sostienen la existencia de contenidos péticos en establecer en un mismo núcleo cerrojo ciertos contenidos que parecieran nobles, en conjunto con otros que no lo serían? ¿Cuáles son los límites doctrinarios para establecer qué contenido es pético y cuál no?

Consideramos que existe una hiperinflación doctrinaria de contenidos considerados péticos; por ejemplo, Jáuregui considera que la frase “afianzar la justicia” del Preámbulo de la CN es uno de ellos⁴. En cambio, Ekmekdjian⁵ considera que la división de poderes, la prohibición de la confiscación de bienes, la pena de muerte por causas políticas y la ampliación de los casos de aplicación de la pena de muerte, según establece el Pacto de San José de Costa Rica, se constituyen en contenidos péticos; Caballero de Aguiar también incluye a la inamovilidad de los magistrados judiciales⁶, o la ponderación de Salgado, que considera que la acción de amparo regulada en la Constitución de la Provincia del Chaco es de contenido pético⁷.

⁴ JÁUREGUI, R., “Encuadre constitucional de los casos de violencia familiar y panorama jurisprudencial actual”, en *La Ley Online*, obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6adc50000015ec8d240b09293ca4f&docguid=iE2E1DBD1C175EE8D0A64D05188111FB9&hitguid=iE2E1DBD1C175EE8D0A64D05188111FB9&spos=2&epos=2&td=3&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=51&crumb-action=append>, 20-3-2017.

⁵ EKMEKDJIAN, M. Á., “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, en *La Ley Online*, obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6adc60000015ec8d6efa536ffb873&docguid=i3447BA0D997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BA0D997F11D6A2580001024B5421&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=59&crumb-action=append>, 20-3-2017.

⁶ CABALLERO DE AGUIAR, M.ª R., “Las constituciones provinciales y el principio de inamovilidad de los jueces”, en *La Ley Online*, obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6adc50000015ec8d9b52001c55350&docguid=i69228D0415A14F8E8DF9816955755CF1&hitguid=i69228D0415A14F8E8DF9816955755CF1&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=66&crumb-action=append>, 23-3-2017.

⁷ SALGADO, A. M., “La reforma a la acción constitucional de amparo y la inconstitucional de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 5451 de la Provincia del

El espíritu de este breve trabajo no es, como ya dijimos, centrar la discusión en los contenidos pétreos de la CN, sino que es acerca de la existencia o no de éstos en nuestra Carta Magna provincial. Ahora bien, ya hemos dicho que las provincias deben mantener el sistema representativo y republicano, pero, no por ser un contenido pétreo en nuestra Constitución Provincial, si bien puede ser modificado, no podría ser suprimido, por lo que no se puede pasar de un sistema republicano a uno monárquico. Y esta distinción es clave, ya que una cosa es no poder modificar nuestra Constitución Provincial en aquellos contenidos que la CN nos impone asegurar y otra muy distinta es sostener que son inmodificables ciertos contenidos porque existe una determinada construcción histórica que dio lugar a que dichos elementos se tornen inmodificables, convirtiéndolos en pétreos.

Por ello, nos preguntamos: ¿qué nos impide a los estudiosos del Derecho Constitucional plantear nuestro propio repertorio de contenidos pétreos? ¿Acaso la función social de la propiedad, la bicameralidad o las capitales en Santa Fe no pueden ser considerados contenidos pétreos? Si es así, podríamos llegar al absurdo de entender como pétreo la edad requerida para ser gobernador o las fechas en las que debe sesionar el Poder Legislativo.

5. El incólume artículo de prerrogativas por antonomasia y su relación con el control de constitucionalidad

Llegando al punto principal de la cuestión, es necesario interrogarse si el artículo 3º de nuestra Constitución Provincial, que sostiene: “La religión de la Provincia es la Católica, Apostólica y Romana, a la que le prestará su protección más decidida, sin perjuicio de la libertad religiosa que gozan sus habitantes”, es posible de ser modificado o suprimido, o por el contrario éste es un contenido de los llamados “inmodificables”.

Creemos que es factible la modificación del artículo 3º y del resto

Chaco”, en *La Ley Online*, obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6adc60000015ec8dcb56074d4438a&docguid=i53EE19C837BD11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i53EE19C837BD11D98D9A0050047CC9FE&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=73&crumb-action=append>, 10-4-2017.

del articulado que pretenda ser objeto de alteración, ya que consideramos a las cláusulas pétreas inútiles y jurídicamente inexistentes. Esto no significa que se puedan suprimir aquellos lineamientos que la CN nos exige garantizar en pos de cumplir con la supremacía del Derecho federal. Si esto ocurriese, el Poder Judicial, como último intérprete de la Constitución, puede controlar a la Convención Constituyente provincial de Santa Fe. De la misma forma, el Poder Judicial podría declarar nulas aquellas reformas que se excedan del ámbito formal, cuando trastoquen el texto constitucional y no cumplan con los procedimientos previstos a tales efectos, como por ejemplo, no cuenten con la cláusula de habilitación requerida para introducir ciertas modificaciones.

Lo que rechazamos como potestad del control judicial es la posibilidad de expedirse negando la concreción de la reforma o nulificando aquellos contenidos que sean modificados o abolidos, basándose en considerarlos pétreos, ya que en primer lugar no existen cláusulas pétreas expresas y también negamos la existencia de cláusulas implícitas.

Consideramos que, de habilitarse la ley de necesidad de reforma, y allanándose ésta a la modificación o supresión del artículo 3º, es posible instaurar un Estado laico, ya que una cuestión de creencias no parece que pueda servir como fundamento para que la generación de los constituyentes originarios pretenda atar por los siglos de los siglos las manos de los futuros constituyentes reformadores, que pertenecerán a una nueva generación y buscarán ser artífices de su propio destino.

En suma, los autores iusnaturalistas más conservadores han creído ver y a tal efecto han establecido cláusulas pétreas implícitas allí donde no las hay para aquietar los impulsos reformadores. Si seguimos dicho razonamiento, tales límites (obsoletos a nuestro entender) están condicionados y en función de la estructura económica, política y social de la comunidad que les dio origen. Por lo que al pasar ya más de medio siglo de aquel momento consideramos que las bases sociales que le daban sustento a esa teoría han sido modificadas por el transcurso del tiempo.

Ahora bien, la pregunta es la siguiente: en el hipotético caso de existir dichas cláusulas pétreas, ¿quién determina que la base social sigue siendo la misma que la que originariamente dio la Constitución? ¿Son los mismos autores los que determinan la vigencia o no de dichos contenidos?

Consideramos que, si existiesen dichas cláusulas, quien tiene la potestad de decidir si las bases sociales han sido modificadas y las cláusulas pétreas implícitas dejaron de tener vigencia entendidas como límites, son los representantes del pueblo santafesino los que al declarar la necesidad de la reforma constitucional habilitan dicha posibilidad y es el pueblo de la Provincia en elecciones de convencionales constituyentes y la Convención Constituyente los que deberán entender acerca de dicha situación.

Pero suponiendo que éstas existen, creemos que tales cláusulas pétreas no son perpetuas y por lo tal pierden la naturaleza de su existencia, ya que éstas se establecen (como dicen los autores que las respaldan) según la base social que las sustenta y en todo caso es el poder constituido y el constituyente el último que tiene la posibilidad de decidir acerca de su modificación al encontrar que tales bases han sido trastocadas.

En síntesis, no sólo no existen cláusulas pétreas expresas en nuestra Constitución Provincial, sino que tampoco implícitas. Además, consideramos que la convicción de su existencia fomenta una vía revolucionaria de modificar la Constitución y por eso es que son inútiles para cumplir sus fines, ya que propician el cambio de forma violenta. Por lo que alentamos no sólo el proceso de reforma constitucional en nuestra Provincia, sino que también consideramos que la relectura de dicho texto normativo puede ser efectuada en su integralidad sin ningún tipo de condicionamiento.

Bibliografía

BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de Derecho Constitucional argentino”, Buenos Aires, Ediar, 1972.

CABALLERO DE AGUIAR, María Rosa, “Las constituciones provinciales y el principio de inamovilidad de los jueces”, en *La Ley Online*, obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6adc50000015ec8d9b52001c55350&docguid=i69228D0415A14F8E8DF9816955755CF1&hitguid=i69228D0415A14F8E8DF9816955755CF1&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=66&crumb-action=append>, 23-3-2017.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “El control de constitucionalidad de la refor-

ma constitucional”, en *La Ley Online*, obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6adc60000015ec8d6efa536ffb873&docguid=i3447BA0D997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BA0D997F11D6A2580001024B5421&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=59&crumb-action=append>, 20-3-2017.

JÁUREGUI, Rodolfo, “Encuadre constitucional de los casos de violencia familiar y panorama jurisprudencial actual”, *La Ley Online*, obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6adc50000015ec8d240b09293ca4f&docguid=iE2E1DBD1C175EE8D0A64D05188111FB9&hitguid=iE2E1DBD1C175EE8D0A64D05188111FB9&spos=2&epos=2&td=3&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=51&crumb-action=append>, 20-3-2017.

ROSATTI, Horacio, “La democracia”, ficha de maestría, 2016, p. 8.

SALGADO, Andrés M., “La reforma a la acción constitucional de amparo y la inconstitucional de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la ley 5451 de la Provincia del Chaco”, en *La Ley Online*, obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6adc60000015ec8dcb56074d44-38a&docguid=i53E19C837BD11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i53EE19C837BD11D98D9A0050047CC9FE&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=73&crumb-action=append>, 10-4-2017.

FORMA Y PRUEBA DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

por GUILLERMO BELTRAMONE*
y MARÍA LORENA ARRECHE**

SUMARIO: I. Introducción. II. Forma y prueba de la contratación electrónica. III. El documento electrónico y la firma digital. IV. El consentimiento expresado mediante un *click*. V. Consideraciones finales. Bibliografía.

Resumen

Las modalidades de contratación se han modificado a lo largo del tiempo. Hoy en día, la utilización de los medios electrónicos e informáticos –sobre todo, Internet– ha potenciado el desarrollo y la conclusión de las relaciones contractuales a distancia. La nueva legislación civil y comercial ha innovado y, a la vez, ha solucionado una variedad de conflictos interpretativos con relación a la formación del consentimiento en los contratos, sobre todo cuando los mismos son llevados a cabo entre ausentes y mediante las ofertas por medios electrónicos en los llamados “contratos de consumo”.

* Profesor adjunto en Seminario de Introducción a la Metodología de la Investigación de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

** Ayudante de primera en Derecho Privado, Parte general, de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Abstract

The new forms of negotiations have suffered modifications through time. As for today, the use of electronic and cyber medias –specially, Internet– have increased the development and conclusion of distant contract relationships. The new civil and commercial law innovates and, at the same time, solves a great variety of interpretation conflicts regarding the consent formation of the contracts, specifically when these are done through absentees and offers carried on by electronic medias in the so called “consumer contracts”.

Palabras clave

Contratos electrónicos. Forma. Prueba.

Keywords

Electronic contracts. Formation. Proof.

I. Introducción

Una de las novedades más importantes que ha traído el Código Civil y Comercial es la regulación de los llamados “contratos de consumo”, tratados entre los artículos 1092 y 1122, inclusive.

Entre los distintos aspectos salientes que deben destacarse, sin dudas, se encuentra la oferta de dicha contratación por medios electrónicos o informáticos –sobre todo, Internet– dando así nacimiento a los denominados “contratos electrónicos”. Estos últimos se caracterizan por ser acuerdos de voluntad cuya celebración se perfecciona sin la presencia física de las partes contratantes y a través del uso de medios electrónicos¹.

Precisamente, la particularidad de toda contratación electrónica se encuentra en la forma de manifestación del consentimiento a través de un medio electrónico. “Debe entenderse por tal a aquella que se

¹ La contratación electrónica forma parte del género “contratos a distancia” o “contratos entre ausentes”, cuyas principales características son, justamente, la distancia geográfica entre las partes contratantes y el transcurso de un tiempo jurídicamente relevante entre la oferta y la aceptación.

realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desarrollo o la interpretación de un acuerdo”².

II. Forma y prueba de la contratación electrónica

El Código Civil y Comercial, en materia de forma y prueba del acto jurídico, estipula que, siempre que no exista forma alguna impuesta por ley, la manifestación de la voluntad puede realizarse por cualquiera que las partes estimen conveniente, rigiendo en su plenitud el principio de libertad de formas (art. 284, CCC).

En lo atinente a los contratos electrónicos, el artículo 1106 dispone que “Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”, sumándose a las previsiones del artículo 1107, donde se normaliza que “Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”, dentro del principio protectorio fijado por los artículos 1094, 1095 y concordantes.

Coincidente con esta libertad de formas, el artículo 1019 también consagra una amplia libertad probatoria en materia contractual. Se abre, así, un extenso abanico en la materia para los contratos electrónicos que incluyen, por ejemplo, la posibilidad de demostrar su existencia y eventual aceptación mediante la recepción del producto en el domicilio o correo electrónico del adquirente, o a través de la descarga en la computadora del comprador, incluso por la información que puedan aportar los sistemas de pago utilizados (tarjeta de crédito, transferencia bancaria, entre otros).

² GROVER DORADO (h), J., “Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho argentino”, Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ), www.saij.gob.ar, Id. SAIJ: DDCF160582, 26-10-2016.

III. El documento electrónico y la firma digital

En el marco de la contratación electrónica, resulta especialmente relevante poder demostrar la autoría, es decir que quien contrata es efectivamente quien dice ser, así como la integridad de la declaración de voluntad, o sea que se recibe tal como fue expresada.

Es sabido que la firma es un elemento esencial de la expresión escrita. Para zanjar la ausencia de la firma manuscrita tradicional propia de los documentos exteriorizados en formato papel, en el caso de los instrumentos generados por medios electrónicos, el Código Civil y Comercial dispone en su artículo 288 que “...la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

La solución adoptada por el nuevo ordenamiento introduce, así, el concepto de “documento firmado digitalmente”, que equivale en su funcionalidad a un documento con firma manuscrita, es decir, a un instrumento particular firmado o “instrumento privado” (arts. 313 y ss., CCC).

IV. El consentimiento expresado mediante un *click*

Aunque, como vimos, la firma digital resulte ser el medio idóneo para acreditar los extremos de autoría e integridad, no es usada habitualmente en los usos y costumbres del comercio electrónico, máxime si se trata de contratos entre proveedores y consumidores o entre consumidores mismos.

La manifestación del consentimiento que un usuario normalmente expresa en un contrato electrónico es, en muchos casos, una firma electrónica, “...conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital” (art. 5º, ley 25.506).

Los usos y costumbres en el comercio electrónico marcan que los contratos electrónicos suelen celebrarse por escrito, a través de con-

tratos de adhesión, llamados “Términos y Condiciones de Uso”, que es un documento electrónico al cual el aceptante adhiere, expresando su consentimiento mediante un *click*³.

Desde antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, doctrina y jurisprudencia coinciden en otorgar validez a este tipo de aceptación en los contratos electrónicos denominados comúnmente *click-wrap agreements*⁴, siempre que exista la posibilidad de verificar –previamente– por parte del adquirente las condiciones generales de contratación⁵.

Ahora el Código Civil y Comercial, en su Capítulo 3 del Título II del Libro Tercero, correspondiente a la formación de los contratos, regula expresamente los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas con expresa referencia a la aplicación de estas normas a la contratación electrónica (art. 985, *in fine*, CCC). Conforme a la nueva legislación, todo contrato electrónico de adhesión, sea de consumo o no, debe cumplir con ciertos requisitos formales y sustanciales mínimos en relación con las cláusulas generales predisuestas que lo integran, a saber: a) deben ser comprensibles y autosuficientes; b) su redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible, y c) se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (art. 985, CCC).

En definitiva, podemos afirmar que los contratos electrónicos son contratos válidamente celebrados y aceptados por la legislación incluso cuando se hace un simple *click*.

³ Íd.

⁴ En los contratos *click-wrap* una parte (aceptante) manifiesta su voluntad de aceptar las condiciones redactadas por la otra (predisponente) mediante un simple *click* en la leyenda “Acepto”, “Estoy de acuerdo” o algo similar que aparece al final del documento.

⁵ Para respaldar la legitimidad de las condiciones generales de contratación que suelen aparecer en los sitios de comercio electrónico se ha utilizado la modalidad de presentarlas de modo inevitable o forzoso para el usuario a fin de acreditar que las tuvo que leer antes de contratar (cf. LORENZETTI, R. L., “Comercio electrónico y defensa del consumidor”, en *La Ley* 2000-D-1003).

V. Consideraciones finales

El comercio electrónico, motor indiscutido de la contratación electrónica, ya se ha consolidado en nuestras vidas como una forma habitual de acceder a la posibilidad de adquirir bienes y servicios. Según datos publicados por la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), el noventa por ciento de los argentinos conectados ya compró online alguna vez, lo que representa a 17.8 millones de personas⁶.

A tono con esta nueva realidad, el Código Civil y Comercial incluye una normativa que precisa los alcances de cada uno de los actos que se llevan a cabo en la conformación del contrato y en la utilización de medios electrónicos o informáticos.

Sin dudas, quedan incógnitas por resolver y situaciones que, por lo complejo de la fenomenología, no están previstas. Una cuestión es segura: la contratación electrónica se encuentra ahora más regulada por normas expresas que brindan mayor seguridad a las transacciones y, eso, es un avance indiscutible.

Bibliografía

BARBIERI, Pablo Carlos, “Algunos aspectos de la formación del consentimiento en los contratos en el Código Civil y Comercial”, Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ), www.infojus.gob.ar, Id. SAIJ: DACF15-0631, 27-5-2015.

GROVER DORADO (h), John, “Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho argentino”, Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ), www.saij.gob.ar, Id. SAIJ: DACF160582, 26-10-2016.

LORENZETTI, Ricardo L., “Comercio electrónico y defensa del consumidor”, en La Ley 2000-D.

⁶ “El Comercio Electrónico en Argentina facturó \$ 102.700 millones durante 2016”, en <http://www.cace.org.ar/noticias-el-comercio-electronico-en-argentina-facturo-102-700-millones-durante-2016>, 20-9-2017.

EL DEBER DE SEGURIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO

por JUAN FACUNDO BESSON¹

SUMARIO: 1. Conceptualización. 2. Naturaleza jurídica del deber de seguridad. 3. Origen y desarrollo del deber de seguridad. 3.1. Origen doctrinario y jurisprudencial. 3.2. Reformas a la ley de contrato de trabajo y las voces de los tribunales. 3.3. Todo pasado fue mejor: “el regreso al origen”. Conclusiones. Bibliografía.

Abreviaturas

A.R.T.	Aseguradora de Riesgos de Trabajo
C.C.yC.	Código Civil y Comercial
C.N.A.T.	Cámara Nacional del Trabajo
C.S.J.N.	Corte Suprema de Justicia de la Nación
L.C.T.	Ley de contrato de trabajo 20.744
L.H.S.	Ley de higiene y seguridad 19.587
L.R.T.	Ley de riesgos de trabajo 24.557
M.T.S.S.	Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social
O.I.T.	Organización Internacional del Trabajo
O.M.S.	Organización Mundial de la Salud
R.S.E.	Responsabilidad social empresaria
S.R.T.	Superintendencia de Riesgos de Trabajo

Resumen

El mundo laboral está en un proceso de crisis y metamorfosis producto de innumerables alteraciones que viene experimentando el sis-

¹ Abogado. Adscripto de Derecho Político (Cátedra C). Adscripto de Derecho Laboral. Coordinador general de la Cátedra Libre “Carlos Cossio”. Miembro del Centro de Estudios e Investigaciones Sociales, Políticas y Jurídicas “Renato Treves”.

tema productivo. En este sentido, los operadores del Derecho, magistrados y legisladores esbozan infinitudes de respuestas ante las necesidades apremiantes.

Con el presente panorama, dentro del ámbito de los denominados riesgos del trabajo, surge una herramienta que tiene por finalidad crear y mantener condiciones seguras en el ambiente e instalaciones laborales. El desarrollo que se hace a continuación del deber de seguridad va a permitir al lector apreciar cómo esta garantía fundamental incide sobre el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de los trabajadores.

Abstract

The world of work is in a process of crisis and metamorphosis resulting from innumerable alterations that the productive system has been experiencing. In this sense, lawyers, judges, and legislators outline countless responses to pressing needs.

With the present stage, within the scope of so-called labor risks, a tool emerges that aims to create and keep safe conditions in the workplace environment and facilities. The development that follows the duty of security, will allow the reader to appreciate how this fundamental guarantee affects the right to life and the physical and mental integrity of workers.

Palabras clave

Deber de seguridad. Deber de prevención. Higiene y seguridad.

Keywords

Duty of safety. Duty of prevention. Sanitation and safety.

1. Conceptualización

En términos generales se lo ha definido al deber de seguridad como aquel en virtud del cual una de las partes del contrato de trabajo se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser

asumido en forma expresa, o impuesto por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato.

Se evidencia de este modo que la obligación de seguridad constituye un deber jurídico que implica un vínculo de subordinación, en la cual viene a encontrarse un sujeto determinado que debe un comportamiento valorable económicamente a favor de otro sujeto². O sea, como contrapartida de la obligación del trabajador subordinado de brindar su prestación en condiciones de buena fe, fidelidad, diligencia, colaboración y solidaridad, surge el deber general del empleador de adoptar las medidas y precauciones tendientes a evitar que el trabajador sufra daños en su persona. Es una de las principales manifestaciones del deber general de previsión del empleador, que –a su vez– es consecuencia del principio protectorio.

En virtud de lo enunciado en doctrina surge la diferencia entre lo que denominamos el deber de prevención y el deber de seguridad. En este sentido, sostiene Mario Ackerman³ que el deber de prevención es la obligación de desarrollar las acciones necesarias para eliminar o evitar las situaciones laborales que supongan una amenaza a la salud de las personas que trabajan o de terceros. Su fin es crear un medio laboral sano y seguro. Por su parte, el deber de seguridad es la obligación que tiene el empleador de adoptar las medidas necesarias para tutelar la integridad psicofísica de sus trabajadores. El mismo se sustenta en la posición de subordinación del trabajador frente al empleador. El trabajador pone a disposición del empleador su capacidad de trabajo, se pone él mismo. En el deber de seguridad, el obligado es el empleador, ya que se apropia de la capacidad y frutos del trabajo. Distinta es la situación en la prevención, puesto que para ella existe una pluralidad de obligados y, como tal, ante la profusa y contradictoria normativa, siempre lleva a confusión la norma aplicable a cada caso y el accionar de cada uno.

El deber de seguridad conlleva para el empleador el deber de adoptar medidas de seguridad –obligación de hacer– y abstenerse de realizar

² RINESSI, A. J., “El deber de seguridad”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 16.

³ ACKERMAN, M., “Tratado de Derecho del Trabajo”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 200.

cualquier acto que resulte perjudicial para su salud psicofísica –obligación de no hacer–. Y a su vez tiene como contrapartida la obligación del trabajador de seguir las instrucciones y directivas en materia de seguridad. En esta obligación-derecho, el empleado puede reivindicar el cumplimiento del deber de seguridad aun cuando no se produzcan daños⁴. Es el principio de indemnidad el que se manifiesta a través del deber de prevención y seguridad del empleador.

Con el fin de enriquecer el análisis, Antonio Vázquez Vialard en su “Tratado...” expresa que el deber de seguridad “...abarca todas las medidas y precauciones que aconsejen la experiencia y la técnica, teniendo en cuenta la clase de trabajo y las particularidades de la empresa, así como también las condiciones personales del trabajador. Para comprobar el cumplimiento de este conjunto de obligaciones, que van ampliándose con el progreso técnico-científico y exigen una continua actualización de la empresa, deberá evaluarse la diligencia del empleador en su implementación y si en definitiva su conducta se ha ajustado al estándar genérico de buen empleador”⁵. Le agrega Ricardo Cornaglia: “...ante el daño posible, ir más allá, si es necesario, que los simples reglamentos. Y en ausencia del reglamento legal referido a situaciones no previstas, igualmente existe el deber de seguridad”⁶. Agrega Rubinstein: “...la legislación nacional en materia de higiene y seguridad industrial debe adaptarse constantemente a las nuevas técnicas y productos industriales, para evitar daños en la salud de los trabajadores”⁷.

2. Naturaleza jurídica del deber de seguridad

En cuanto al tipo de obligación, en la dogmática laboral clásica se considera como un deber que encuentra su origen en el contrato de

⁴ WAYAR, E. C., “El deber de seguridad y la responsabilidad civil del empleador”, en *El Derecho* núm. 118, 1986, p. 857.

⁵ VÁZQUEZ VIALARD, A., “Tratado de Derecho del Trabajo”, Astrea, Buenos Aires, 1982, t. III, p. 715.

⁶ CORNAGLIA, R. J., “Derecho de Daños laborales. Acciones comunes por infortunios”, Némesis, Buenos Aires, 1992, p. 89.

⁷ RUBINSTEIN, S. J., “El deber de seguridad y su incidencia en las relaciones laborales”, en *Derecho del Trabajo* 1985-B-1728.

trabajo y por tanto ésa es su naturaleza: contractual. En orden a lo expresado, Espínola expresa que la obligación de seguridad es una prestación debida en el contrato de trabajo por parte del empleador, generando de esta forma una responsabilidad contractual imputable directamente a éste. Agrega que “Esta obligación de reparar el daño que tiene relación causal adecuada con la ejecución del contrato de trabajo halla su fundamento último en el principio de indemnidad *alterum non lædere* consagrado por nuestra Constitución Nacional en el artículo 19”⁸.

Aun cuando existan algunos supuestos de origen legal, no existe duda tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en señalar que la fuente de esta obligación de seguridad es el contrato celebrado entre las partes, por lo cual su incumplimiento configurará un supuesto de responsabilidad contractual. En este sentido, enfatiza Pawlowski de Pose⁹ que en la esfera extracontractual no hay deber de seguridad, en cambio en la contractual hay una obligación determinada de asegurar la indemnidad del otro contratante, pero ello no impide que la responsabilidad que genera puede ser de naturaleza contractual o extracontractual.

La naturaleza contractual es importante porque frente al incumplimiento de la obligación de seguridad podrán solicitarse medidas preventivas del daño, la resolución del contrato o alegar la excepción de contrato no cumplido.

Por otra parte, su carácter tácito denota que el deudor de la obligación, el empleador, se halla compelido no sólo al cumplimiento de todas aquellas prestaciones expresamente asumidas contractualmente, sino también a observar todos los deberes de conducta que se derivan de la relación convencional. Mediante la buena fe se atempera el rigor formalista de los términos literales del contrato, al ser sometido el mismo a los principios de justicia y equidad. Es así como Roberto Vázquez Ferreyra indica que “los contratos obligan no sólo a lo que

⁸ ESPÍNOLA, M.^a A., “La obligación de seguridad. Su análisis en el marco del contrato de trabajo”, en RAMÍREZ, L. E. (coord.), *Derecho del Trabajo y derechos humanos*, B de F, Buenos Aires, 2008.

⁹ PAWLOWSKI DE POSE, A. L., “Precisiones sobre el deber de prevención de los siniestros laborales” (nota a fallo), en *Derecho del Trabajo* 2016 (septiembre).

esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos”¹⁰.

Algunos autores han insistido en manifestar que la obligación de seguridad reviste el carácter de “accesoriedad”, ya que presupone la existencia de otra obligación principal a cuya suerte está ligada. Otro sector doctrinario¹¹ prefiere hablar de su autonomía y no de su accesoriedad de la obligación principal, puesto que ello puede llevar a la confusión de creer que extinguida la obligación principal, idéntica suerte correrá la accesoria. Una tercera corriente la califica como principal, en atención a que estando en juego la incolumidad de bienes que satisfacen intereses primordiales de la persona humana, como son la vida, la salud o el patrimonio, dicha obligación debe ser necesariamente jerarquizada dentro del negocio, poniéndola en el mismo nivel con aquella que constituye. De todos modos, si bien la obligación de seguridad es señalada casi siempre como un deber accesorio, puede constituirse en deber principal cuando se la asume expresamente, pudiendo ser de esta forma expresa o tácita.

Hay posiciones que sostienen que se trata también de una obligación de resultado toda vez que debe probarse el incumplimiento, siendo de este modo un factor de atribución objetivo que puede responder al deber de garantía o incluso al riesgo creado. Pero si nos hallamos frente al deber de diligencia y de buena fe, o cuando el resultado es totalmente aleatorio, estaremos ante una obligación de medios. En este sentido, si el deudor de la obligación de seguridad puede haberse obligado a realizar solamente lo que mandan la prudencia y la diligencia, la obligación sería entonces solamente de medios. En tal caso la víctima para demostrar el incumplimiento debe establecer la imprudencia o la negligencia.

En lo que respecta específicamente al Derecho Laboral escrito, la característica mencionada en el párrafo precedente es receptada en

¹⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, R. A., “La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 84.

¹¹ AGOGLIA, M.^a M.; BORAGINA, J. C. y MEZA, J. A., “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, ps. 168 y ss.

el artículo 75 de la L.C.T., al disponer que “El empleador debe [...] adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores...”, es decir que el empleador debe asegurarle al trabajador que regresará a su hogar sano y salvo luego de la jornada laboral. En este sentido, Cornaglia¹² sostiene que la garantía de prevención y seguridad es un desprendimiento del principio de indemnidad y debido a ello los alcances de las obligaciones que la comprenden son mayores y de distinta naturaleza que si la reducen a la consideración simple de una obligación legal tipificada en el Derecho positivo. Ello es así ya que forma parte del contenido implícito del contrato de trabajo que el trabajador no debe sufrir daño, en ocasión o por el motivo del trabajo, que no sea reparado.

3. Origen y desarrollo del deber de seguridad

3.1. Origen doctrinario y jurisprudencial

El deber de seguridad, nos enseña Rodríguez Mancini¹³, se originó en la jurisprudencia francesa con el fallo “Zbidi, Hamida Ben Mahmoud c/Cie. Générale Transatlantique”, emitido por la Corte de Casación el 21 de noviembre de 1911. Este precedente estableció que “la ejecución del contrato de transporte incluye obligación contractual con asistencia para dirigir el viajero sano y salvo a destino”. De esta manera, se desarrolló la teoría de la obligación de seguridad o, en palabras de la doctrina gala, la “obligación de seguridad contractual” a raíz de un contrato de transporte.

En el ámbito del Derecho Laboral, la doctrina del deber de seguridad, cuyo inicio data de la elaboración efectuada por los célebres juristas Sainctelette de Bélgica y Sauzet de Francia, fue desarrollada en Argentina primero por el doctor Leónidas Anastasi y más tarde por Ernesto Krotoschin. En el marco del iuslaboralismo, Paul Pic señala que la figura del empleador cobra la dimensión de “un deudor de

¹² CORNAGLIA, R. J., “El principio de indemnidad del trabajador y la obligación de prevención y seguridad del empleador”, en *Jurisprudencia Argentina* núm. 5845, del 8-9-93, p. 18.

¹³ RODRÍGUEZ MANCINI, J., “El artículo 75 de la L.C.T. frente a la ley 26.773”, en *Derecho del Trabajo* 2013 (marzo).

seguridad”¹⁴, es decir, debe a cada instante poder restituir al trabajador sano y salvo, y si no lo consigue falta a sus obligaciones.

En nuestro Derecho escrito, antes de que rigiera la ley 9688 de riesgos, la garantía de seguridad, como contenido implícito e insoslayable del contrato de trabajo, era admitida por la doctrina de avanzada en la época y hasta por la jurisprudencia de la C.S.J.N. Ejemplo de ello fue el fallo “Lara de Hurtado c/Estado Nacional”¹⁵, en el que el más alto tribunal del país ya sentó la tesis de la responsabilidad contractual por violación de la obligación de seguridad¹⁶.

La primera obra sistemática del Derecho del Trabajo en América es también un claro ejemplo de lo expuesto. Juan Bialet Massé publicó en el año 1904 su “Tratado de responsabilidad civil en el Derecho argentino” –referido especialmente a los accidentes de trabajo– y, en ese año, también su “Informe sobre el estado de las clases obreras”. En ambas obras consigna la plena vigencia de la obligación de resarcir los daños en la salud, vida y bienes de los trabajadores en ocasión del trabajo, por considerar que la garantía de seguridad encuentra fundamento en los artículos 1953 y 1954 del Código Civil velezano, normas éstas que regían el mandato. Y además en los artículos 155, 156 y 1010 a 1015 del Código de Comercio, siendo los directos antecedentes de los actuales artículos 75 y 76 de la L.C.T.

Hubo que esperar hasta 1974 para que el deber de seguridad tenga acogida normativa. En aquella L.C.T. que nació de la mano del maestro Norberto Centeno, el artículo 83 reconocía expresamente el mencionado deber, el cual rezaba: “El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos.

¹⁴ PIC, P., “Traité Elementaire de Législation Industrielle”, 5ª ed., Paris, 1922, p. 723.

¹⁵ C.S.J.N., 1916, “Monreal de Lara de Hurtado c/Estado Nacional”.

¹⁶ CORNAGLIA, “El principio...” cit., p. 20.

”Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca”.

Son múltiples las influencias y fuentes; no obstante, cabe destacar la relevancia que cumplió el artículo 2087 del Código Civil italiano, que impone al empleador “...adoptar las medidas que según las particularidades del trabajo, la experiencia y la técnica son necesarias para tutelar la integridad física y la personalidad normal de los prestadores del trabajo”, y de los artículos 6º, b, 5º de la ley del 29 de diciembre de 1970 de los Estados Unidos sobre seguridad e higiene en el trabajo, la cual enfatiza sobre los criterios de seguridad e higiene para el trabajador y la actualización con datos científicos, la aplicabilidad de la norma y la experiencia obtenida con la legislación vigente en la materia¹⁷.

La vigencia del citado artículo 83 sería escueta, ya que con la reforma introducida por la ley 21.297 se provocó la sustitución del artículo, el que, luego de la aprobación del texto ordenado por el decreto 390/76, llevaría el número 75, el cual rezaba: “El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo observar [...] las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo”.

Se desprende de la reforma la supresión del párrafo 2º del entonces artículo 83 de la L.C.T. original, negando de esta forma al trabajador

¹⁷ LOMBARDI, J. C., “Artículo 75 de la ley de contrato de trabajo. Deber de seguridad. Reforma de la ley 24.577 de riesgos del trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, 1996.

la posibilidad de negarse a cumplir tareas exigidas en transgresión a las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo. Sin embargo, ese derecho subsistió bajo la figura de la excepción de incumplimiento del antiguo artículo 1201 del Código Civil, actual artículo 1031 del C.C.yC.¹⁸ La jurisprudencia acompañó este criterio doctrinario y en ese sentido señaló que “...el deber de seguridad es contractual. Si el empleador lo incumple, los trabajadores pueden retener tareas, sin pérdida salarial, utilizando la *exceptio non adimpleti contractus* (Código Civil, art. 1201). Si causa daños, pueden buscar la correspondiente reparación”¹⁹.

Con el escaso insumo normativo y la poda realizada al deber de seguridad, en el plano jurisdiccional se reconocía la responsabilidad del empleador por el incumplimiento del deber de seguridad que ocasionaba un daño al trabajador.

3.2. *Reformas a la ley de contrato de trabajo y las voces de los tribunales*

La posibilidad de accionar reclamando una acción contractual por incumplimiento del deber de seguridad recién comenzó a discutirse seriamente en el año 1991, como consecuencia de la sanción de la ley 24.028. Esto fue así ya que, según la ley 9688 (modificada por la ley 23.643), el trabajador podía optar por reclamar las indemnizaciones previstas en la ley especial de carácter tarifario o la indemnización integral prevista en el Derecho común.

Los defensores de la acción por incumplimiento del deber de seguridad consideraban que el trabajador contaba con tres vías posibles: 1) ley especial: que era tarifada y tramitaba por ante la justicia del trabajo; 2) la vía civil: que por disposición del artículo 16, ley 24.028, tramitaba ante la justicia civil, y 3) la acción contractual por violación del deber de seguridad fundado en el artículo 75, L.C.T., que tramitaba ante la justicia del trabajo.

¹⁸ MANSUETI, H. R., “Comentario a las leyes nacionales 27.320, 27.321, 27.322, 27.323 y 27.325”, en *Anales de Legislación Argentina*, 2017.

¹⁹ C.N.A.T., sala VI, 30-9-2004, “Báez, Elizabeth Etel c/Orígenes A.F.J.P. S.A. s/Accidente acción civil”, voto: Capón Filas y Fernández Madrid.

Si bien se trataba de una posición minoritaria, ya que la mayoría de las salas de la C.N.A.T. proclamó –en su momento– la inexistencia de esta tercera vía, y frente al reclamo se declaraba incompetente y ordenaba la remisión a la justicia civil²⁰.

Finalmente, y para terminar con esta discusión jurisprudencial, la controvertida L.R.T. en 1995 modificó el artículo 75 de la L.C.T.

Cuando fue dictada la L.R.T., sus autores y defensores repitieron insistentemente que el nuevo régimen establecía un cambio copernicano. Se presentó a sí misma como una ley superadora donde el cambio estaba en la acentuación de la prevención de los riesgos y en la reducción de la siniestralidad laboral, estableciendo la satisfacción de la minusvalía sufrida por el trabajador como su rehabilitación y reinserción, en caso de existir daños²¹.

Con el artículo 49, disposición adicional 1ª, de la L.R.T., se redacta el artículo 75 de la L.C.T., con la intención de eliminar la responsabilidad contractual empresaria en los supuestos de incumplimiento del deber de seguridad. Dicha disposición señalaba: “1º El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal.

”2º Los daños que sufra el trabajador, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas”.

Se evidencia que este artículo 75 está compuesto por dos puntos; el punto 1º repite lo esencial de la anterior norma (ley 21.297), al consignar que el empleador debe hacer observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y hacer observar las pautas y

²⁰ GRISOLÍA, J. A. y AHUAD, E. J., “Contenido del deber de seguridad y consecuencias de su incumplimiento”, http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_grisolia_ahuad_seguridad.pdf, 13-7-2017.

²¹ SCHICK, H., “La responsabilidad en la ley de riesgos de trabajo”, XXIV Jornadas de Derecho Laboral, Asociación de Abogados Laboralistas, Colonia (R.O.U.), 12, 13 y 14 de noviembre de 1998; Estudio Schick, http://www.estudioschick.com.ar/p_3.pdf, 10-8-2017.

limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal²². De esta forma estableció las obligaciones del empleador respecto al deber de seguridad del trabajador efectuándose las remisiones a las normas que debe cumplir, caso contrario se configura un incumplimiento del contrato laboral que puede provocar un daño al trabajador.

En lo que respecta al punto 2º, se disponía que los daños que sufra el trabajador, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas.

Señala Schick en clara crítica que el intento de vaciar de contenido al “deber de seguridad” significó por medio de la referida norma una exoneración injustificable de la responsabilidad patronal por la seguridad de sus dependientes. Agrega dicho autor que la L.R.T., en este supuesto, llegó al absurdo de convertir al trabajador en el único sujeto que carece de acción para demandar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad²³.

En detalle, la reforma aludida habilitaba al trabajador siniestrado a efectuar una denuncia ante el incumplimiento del deber de seguridad a la S.R.T. En ese caso, si se acreditaba que el accidente del trabajo o la enfermedad profesional se produjeron como consecuencia del incumplimiento de la normativa de higiene y seguridad en el trabajo por parte del empleador, éste debía pagar una multa a favor del fondo de garantía. Es decir que la víctima sólo tenía una vía indirecta para denunciar los incumplimientos de la normativa de higiene y seguridad en el trabajo. En tanto, el trabajador seguía prestando sus servicios en condiciones de labor inferiores.

Habida cuenta de lo expresado, Schick enfatiza que esta exoneración de responsabilidad fomentó el desentendimiento de los empleadores en las necesarias inversiones en prevención e higiene que era necesario

²² Estas obligaciones son las de observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo establecidas en la L.H.S. y las referidas a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley 11.544 de jornada de trabajo y en la L.C.T. (arts. 196, 197, 200, 204, 150 a 164, 174, 176, 190 y 191).

²³ SCHICK, op. cit.

efectuar, ante la confesión de que el 97% de los empleadores no cumplía con la normativa vigente²⁴. Esta reforma demostró, en primer lugar, que desnaturalizaba el deber de seguridad al desconocer expresamente la vía especial por el daño sufrido al trabajador a causa del incumplimiento de las prescripciones de higiene y seguridad, y en segundo término, que desconocía una reparación transformadora que obligue a los empleadores a invertir en prevención e higiene.

Si bien el deber de seguridad preexistió a la consagración legislativa, ya que obligaba al empleador a actuar con prudencia y diligencia en sus deberes de dirección y organización, a lo que se agregaba el deber de respetar las normas en materia de descanso y jornada, higiene y seguridad, lo cierto es que eran mandatos laxos y generales que demuestran la intencionalidad manifiesta del legislador de dejar al trabajo sujeto a lo que el empleador debía entender y comprender por “prudencia”, “diligencia” y “respeto”.

Si bien se eliminó de la norma que el empleador debía adoptar las medidas que, según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica fueran necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, respetando las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad, no obstante dichas medidas se encuentran insertas en la L.C.T. en sus artículos 188 –certificado de aptitud física en los menores– y 195 –presunción de culpa del empleador en accidentes o enfermedades de menores–, de la L.H.S. –y su decreto reglamentario 351/1979–, y en la misma ley 24.557 –L.R.T.–. Otras disposiciones de la L.C.T. se ocupan tangencialmente (entre ellos, los arts. 17, 66, 68, 70, 73, 75, 76 y 77) y también diversos convenios colectivos y estatutos profesionales.

Podemos observar que la reforma introducida por la L.R.T. trajo muchas críticas y desencuentros en la doctrina iuslaboralista, no siendo el ámbito jurisdiccional la excepción. En cuanto a la determinación de la responsabilidad por el incumplimiento del deber de prevención y seguridad encontramos pronunciamientos que han resuelto que “Entender que quien debe observar las obligaciones vinculadas a la higiene y seguridad del trabajo es únicamente que el empleador carece de

²⁴ Íd.

sentido porque el artículo 4º, ley 24.557, pone ese deber en cabeza de los empleadores, los trabajadores y de las A.R.T.”²⁵ Asimismo, se ha sostenido que “Habiéndose incumplido con los deberes genéricos de previsión, higiene y seguridad, deben ser condenadas solidariamente tanto la empleadora como la aseguradora”²⁶.

En el ámbito jurisdiccional resurgió el criterio consistente en que ante el incumplimiento del empleador a las medidas de seguridad el trabajador, como correlato, podría abstenerse de prestar el trabajo o, inclusive, considerarse despedido indirectamente, invocando como justa causa el incumplimiento del deber de seguridad. En este sentido, la facultad del trabajador de retener su prestación de trabajo en caso de inobservancia del empleador a su deber de seguridad subsistió jurisdiccionalmente a pesar de la reforma introducida por la L.R.T.

Es menester destacar, más allá de los importantes pronunciamientos antes citados, lo que el precedente “Aquino”²⁷ dejó asentado para el régimen de riesgo de trabajo y en especial para el tema abordado. Habida cuenta de lo explicitado, el fallo de la C.S.J.N. enfatiza en lo siguiente: “Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general como en lo que concierne a las propias de cada actividad [...] La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana [...] Que la manda constitucional del artículo 14 bis [...] a su vez se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22) [...] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es concluyente al respecto, pues su

²⁵ C.N.A.T., sala VI, 29-7-2005, “Necuzi, Marcelo A. c/Ventre Maderas S.R.L. y otros”.

²⁶ CTrab. de Villa María, 14-3-2006, “Lobasto, Margarita y otros c/Industrias Martín Cubero S.A. y otros”.

²⁷ C.S.J.N., 21-9-2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/Accidentes ley 9688”.

artículo 7º preceptúa: ‘Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial [...] a.ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias [...] b) La seguridad y la higiene en el trabajo...’ [...] A ello se suma el artículo 12, relativo al derecho de toda persona al ‘...disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, cuando en su inciso 2º dispone: ‘Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar [...] este derecho, figurarán las necesarias para [...] b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo [...] c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades [...] profesionales...’ [...] El citado artículo 7.b del PIDESC, corresponde subrayarlo, implica que, una vez establecida por los Estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados”.

Con motivo de la sanción en octubre del 2012 de la ley 26.773, en la cual se establece la llamada opción excluyente, se ha planteado por algunos autores²⁸ la procedencia de una acción autónoma supuestamente derivada del artículo 75 de la L.C.T. En función de esa tesis se sostiene que la exclusión de la opción libre aludida no comprende la posibilidad de la reclamación fundada en esa disposición de la ley laboral, por lo que, en caso de daño ocasionado por el incumplimiento del deber de seguridad que impone esa disposición, por parte del empleador, podría demandarse la correspondiente reparación, promoviendo la demanda en el fuero laboral, toda vez que la fijación de la competencia civil no abarcaría esta hipótesis para alcanzar la reparación integral.

3.3. *Todo pasado fue mejor: “el regreso al origen”*

A nuestro criterio, la actual reforma –ley 27.323– trae para el sistema de riesgos de trabajo cambios funestos que son objeto de otra inves-

²⁸ SCHICK, H., “Reforma a la ley de riesgos. Un viraje regresivo en materia de daños laborales”, en *La Ley Suplemento Especial Nueva ley de riesgos del trabajo* 2012 (noviembre), p. 39.

tigación. No obstante y a pesar de este anochecer, se coló un pequeño filtro de luz con la modificación del artículo 75 de la L.C.T., el cual quedó redactado de la siguiente manera: “El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos.

”Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca”.

Esta modificación sorpresivamente implica el retorno al texto original del artículo 83 de la L.C.T. Esta vuelta significa una restauración de la amplitud de la norma relativa al deber de seguridad del empleador y de un procedimiento de autotutela frente a situaciones que legitiman la retención de la prestación de trabajo sin afectación del devengamiento de la remuneración durante la duración de aquélla. De esta forma, el actual texto le quita una inconstitucionalidad al texto anterior, que estaba dada por eximir de responsabilidad al empleador o bien limitarla a la contratación de un seguro obligatorio o autoseguro previsto por la L.R.T.

El nuevo artículo 75 abarca dos segmentos bien diferenciados: el primero relativo a la obligación del empleador de garantizar la integridad psicofísica de sus dependientes (obligación de seguridad), como así también de adoptar las medidas necesarias para preservar la salud de aquéllos (deber de previsión), y el segundo vinculado con las consecuencias que se derivan de su incumplimiento total o parcial. La violación a los deberes mencionados puede traer aparejados, a su vez,

tres escenarios posibles: 1) suspensión indirecta de cumplimiento del débito prestacional; 2) acción judicial para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, continuación o agravamiento, y 3) acción de imputación de responsabilidad.

El texto modificado por la norma citada, además del deber del empleador de hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo, impone al empleador el deber de “...adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores...” y de “...evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos”, como lo establecía el texto originario de la L.C.T.

Cabe destacar que el vigente artículo 75 impone, como se mencionó precedentemente, una serie de deberes del empleador relativos a la preservación de la integridad psicofísica del trabajador, los cuales son: 1) adoptar medidas de tutela de la integridad psicofísica y dignidad del trabajador; 2) evitar los efectos perniciosos de tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, y 3) observar las disposiciones legales y reglamentarias sobre higiene y seguridad en el trabajo.

Señala Gutiérrez²⁹ que ello podría resumirse en el cumplimiento de las disposiciones de la L.H.S., que en su artículo 4° dispone que “La higiene y seguridad en el trabajo comprenderá las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto: a) proteger la vida, preservar y mantener la integridad sicofísica de los trabajadores; b) prevenir, reducir, eliminar o aislar los riesgos de los distintos centros o puestos de trabajo; c) estimular y desarrollar una actitud positiva respecto de la prevención de

²⁹ GUTIÉRREZ, G. E., “La protección de la integridad psicofísica y moral del trabajador según la reforma de la ley de contrato de trabajo y en el nuevo Código Civil y Comercial”, García Alonso, <http://www.garciaalonso.com.ar/doc-93-la-proteccion-de-la-integridad-y-moral-del-trabajador-segun-la-reforma-de-la-ley-de-contrato-de-trabajo-y-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial.html>, 14-7-2017.

los accidentes o enfermedades que puedan derivarse de la actividad laboral”. Por su parte, el artículo 8° de la mencionada norma reza: “Todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores...” Asimismo, cabe destacar que hay una multiplicidad de normas que deben ser tenidas en cuenta por los operadores del Derecho y judiciales. Podemos citar las siguientes: los convenios colectivos de trabajo que regulan cuestiones de seguridad, salud y prevención; la L.R.T.; decretos que regulan actividades específicas, como la agraria, construcción, transporte y manipulación de sustancias peligrosas; resoluciones de la S.R.T. y el M.T.S.S., que establecen disposiciones sobre seguridad y prevención; la Constitución Nacional y su bloque federal del artículo 75, inciso 22; las declaraciones y convenios de la O.I.T. (N° 155 y 187 y los más de 80 instrumentos que tratan indirectamente la cuestión de la salud y seguridad en el trabajo), normativa de la O.M.S. propia y con la O.I.T., como la que se da en el marco del Comité Mixto de Salud en el Trabajo.

Más allá de los deberes concretos que ahora están expresos en el texto legal, el cambio superlativo se ve con la incorporación de la “defensa” expresa que tiene el trabajador frente al requerimiento de prestación de tareas en condiciones perniciosas de su integridad psicofísica, lo que requerirá el cumplimiento de alguna de las siguientes condiciones (no acumulativas): 1) Peligro inminente de daño; 2) configuración del incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora; 3) si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.

Sin embargo, previamente, una variación de la L.C.T. en el año 2006 (ley 26.088) ya había diseñado un dispositivo legal para los supuestos de afectación material o moral del trabajador derivada de las modificaciones que pudiera disponer el empleador en el ejercicio del *ius variandi* (art. 66)³⁰.

³⁰ Art. 66: “El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador. Cuando el empleador

Con este nuevo esquema normativo, cuando el empleador realice cambios perjudiciales para el trabajador, éste puede hacer uso de una acción sumarísima a fin del restablecimiento de las condiciones modificadas, con más una prohibición de innovar las condiciones laborales a su respecto hasta la sentencia definitiva. Y tales cambios también pueden versar sobre condiciones de higiene y seguridad en perjuicio del trabajador. Se puede decir que estamos ante una reparación transformadora y no meramente resarcitoria, como la disponía la L.R.T.

Por otra parte, la nueva disposición autoriza a los trabajadores a rehusar la prestación de trabajo, sin que ello les ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si aquélla les fuere exigida en transgresión a las disposiciones legales o reglamentarias sobre higiene y seguridad del trabajo –siempre que exista un peligro inminente de daño–, o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, o si habiendo el organismo pertinente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca. Esta facultad actúa a modo de excepción de incumplimiento contractual frente al inminente peligro de daño de los derechos de los trabajadores por incumplimiento de las obligaciones de seguridad a cargo del empleador.

En definitiva, el legislador reinstauró un mecanismo de autotutela para forzar el cumplimiento de lo que es debido; para el caso, el adecuado y acabado cumplimiento por parte del empleador y/o terceros de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo. Se trata de una reacción directa y personal del trabajador, presentada como un medio compulsivo, instrumento jurídico otorgado por la ley para, sin llegar a la ejecución forzada del artículo 1711 del C.C.yC., lograr el cumplimiento específico de la prestación debida. Cabe destacar que esta facultad no requiere judicialización previa para su ejercicio.

A la mencionada herramienta se le agrega el C.C.yC. vigente cuando

disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.

dispone que en el caso de los contratos bilaterales las partes deben cumplir simultáneamente; una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir (art. 1031, C.C.yC.). Esta norma mantuvo el sentido de la solución anterior del Código Civil (art. 1201). En este sentido, la reforma legislativa se coloca nuevamente en línea con las disposiciones del Derecho común interno y con la normativa de orden internacional (Convenio N° 155 O.I.T. y art. 25 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, revisada y ratificada en el año 2015).

El nuevo texto le exige al trabajador que, previamente a la abstención de la prestación, constituya en mora al empleador. Consideramos que en el marco del régimen de las obligaciones laborales la mora se produce de pleno derecho; no obstante, sostenemos que hubiera sido preferible la expresión “previa interpelación fehaciente” en función del deber de colaboración que deben prestar los trabajadores. No obstante, frente a un peligro inminente de daño, nos pronunciamos en contra de la necesidad de cursar una intimación previa para la constitución en mora. En efecto, habiéndose configurado el incumplimiento, exigir una intimación previa al ejercicio de ese derecho impondría una espera adicional de –por ejemplo– 48 horas en la ejecución de la obligación, traduciendo en la necesidad de tolerar por más tiempo el incumplimiento, lo que no parece razonable admitir si lo que se pretende es resguardar la integridad psicofísica del trabajador.

Siendo la excepción a una regla –la continuidad de las prestaciones–, dicha comunicación deberá referenciar la fuente obligacional incumplida a los efectos de que el empleador tome conocimiento y lleve adelante las medidas pertinentes para evitar la producción del daño o disminuir su magnitud, siempre procurando preservar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, como así también la conservación del contrato de trabajo. Por imperio del deber de buena fe, se deberá ser preciso en la descripción y encuadre del incumplimiento.

La reforma expresamente agrega que la mencionada abstención de prestación de tareas no podrá ocasionar pérdida o disminución de la remuneración del trabajador afectado. Esta posibilidad contempla la situación del peligro inminente de daño, situaciones en que hay una transgresión a las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo o

cuando el organismo competente haya declarado la insalubridad del lugar, y el empleador no realizara los trabajos o no proporcionara los elementos que la autoridad establezca.

El vigente artículo 75 es claro al señalar que el incumplimiento total o parcial de las obligaciones que exigen garantizar la deuda de seguridad en el contrato de trabajo puede traer aparejado, además, una previsibilidad en la producción de un daño, su continuación o agravamiento. En tales supuestos, el trabajador expuesto a ese daño previsible, amén de rehusar la prestación de trabajo, podrá requerir judicialmente que se dispongan medidas de dar, hacer o no hacer, según corresponda, con el objeto de evitar su producción o aplacar su magnitud. El fundamento de esta acción lo encontramos en el C.C.yC. (arts. 1711, 1712, 1713 y concs.). El legislador no sólo consagró el derecho de prevención (art. 1710), sino que también legisló sobre la herramienta procesal necesaria para reconocer ese derecho: la acción preventiva.

Según el texto del artículo 1711, C.C.yC., la acción procede cuando “...una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”. En este sentido, la antijuridicidad de la acción u omisión está dada, justamente, por la violación del citado deber de prevención. Pero en esta acción preventiva no se debe esperar, para concluir que un acto es antijurídico, a que efectivamente se concrete el daño. La norma habla de previsibilidad. El elemento activante de esta tutela es la simple posibilidad de un ilícito futuro, la amenaza de violación, la cual lleva a prescindir de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la amenaza. Entonces en este escenario la antijuridicidad se predica en la conducta y no en el resultado, el que muchas veces no llegará a concretarse. El acto o actividad u omisión puede manifestarse como arbitrario o ilegítimo. La lesión puede ser actual o futura³¹. Resulta forzoso equiparar el concepto de que el presupuesto de la pretensión preventiva es lo ilícito, entendido –según Hurtado Reyes– como la conducta que genera el hecho dañoso propiamente dicho³². Es decir,

³¹ MARINONI, L., “Tutela inhibitoria, individual y colectiva”, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1998, p. 41.

³² HURTADO REYES, M., “Tutela jurisdiccional diferenciada”, Palestra, Lima, 2006, p. 139.

la conducta debe ser ilícita y no justificada (art. 1717 del C.C.yC.); no se viabiliza la acción preventiva en caso contrario.

La medida es independiente del factor subjetivo u objetivo de atribución. La ley busca que la prevención sea rápida y eficaz. Exigir la demostración de la culpa de alguien llevaría en muchos casos a la esterilización de las buenas intenciones del remedio propuesto.

Cabe destacar que no debe confundirse esta figura con la tutela preventiva contemplada en el artículo 1032 del C.C.yC., a la cual ya hicimos referencia. Esta última, vale reiterar, no requiere *prima facie* de reconocimiento judicial. Se ejerce en forma automática, sin judicializarse. Actúa a modo de excepción de incumplimiento frente a la grave e inminente amenaza de daño de los derechos de los trabajadores por incumplimiento de las obligaciones de seguridad a cargo del empleador y/o terceros.

La legitimación activa para deducir esta acción es amplia (art. 1712, C.C.yC.). La misma comprende no sólo a los trabajadores afectados, sino también a quienes actúan en interés colectivo del sector de la actividad que representan, parientes y/o convivientes que reciben un trato familiar ostensible, obras sociales y prepagas, A.R.T. y hasta el propio empleador cuando, por ejemplo, el evento potencialmente dañoso provenga de la conducta de un tercero.

Será el juez, en cada caso concreto, quien deberá apreciar si el interesado en requerir la apertura de la instancia judicial posee un interés razonable. Para ello, la parte deberá acreditar sumariamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar en relación con la prevención solicitada.

En lo que hace a la legitimación pasiva, no debe pensarse que su alcance solamente se reduce al empleador. Muy por el contrario, el artículo 1710 del C.C.yC. dispone, de manera genérica, que toda persona tiene el deber de prevenir un daño, aunque limitándolo a lo que de dicha persona dependa, es decir que la posibilidad de prevenir se encuentra en su esfera de control.

La normativa del Derecho común confiere entonces al obrero una herramienta activa para poder lograr una sentencia que mande a hacer al empleador lo que debe hacer –o le obligue a dejar de hacer lo

pernicioso— a fin de garantizar el desarrollo de tareas en condiciones de salubridad física, psíquica y moral en el ámbito laboral.

Y que sea posible la aplicación de la ley civil y comercial a la materia en tratamiento no admite discusiones, desde que el juez laboral, como todo magistrado de la República, es juez en relación con la totalidad del ordenamiento normativo vigente, no pudiendo predicarse que un juez del trabajo aplica “sólo” el Derecho Laboral. Además, se agrega que, de acuerdo al principio protectorio y el *pro homine* y progresividad que nos brindan los instrumentos de derechos humanos, la protección de la persona se mueve en los carriles del criterio de mayor estándar tutelar.

Conclusiones

Se pudo observar que los riesgos del trabajo, en sus dos aspectos fundamentales: a) prevención de los accidentes y enfermedades del trabajo y b) la cobertura de los daños, son un deber social, y como tal los actores vinculados al universo del trabajo y la sociedad deben asumir la responsabilidad de contribuir al cumplimiento de este precepto.

Sin dudas, poner en riesgo la vida y salud de los trabajadores, anteponer el lucro a la necesidad moral y jurídica y no tener en cuenta el sufrimiento humano vulneran las garantías básicas de la persona a la vida, a la salud, y conculcan los principios generales del Derecho del Trabajo.

Este deber social se incorpora al mundo de las organizaciones (empleadores, A.R.T., Estado) por medio de la R.S.E., cabiéndoles a la salud y a la seguridad un lugar primordial en la dirección y organización empresarial. Ello es así porque no sólo se trata de normas que obligan, sino que impongan que debe existir en la propia conducta de los responsables este “hacer con responsabilidad social”. En este sentido, es vital instalar la cultura de la prevención y seguridad en el trabajo como uno de los objetivos troncales de las organizaciones. Transformar el discurso en acción, y que esa acción esté generada por una conducta impregnada con los principios del Derecho del Trabajo, ya que estamos frente a un deber social hacia el sujeto-trabajador y la sociedad.

Bibliografía

Doctrina

1. ACKERMAN, Mario, “Tratado de Derecho del Trabajo”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
2. AGOGLIA, María M.; BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A., “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993.
3. CORNAGLIA, Ricardo J., “El principio de indemnidad del trabajador y la obligación de prevención y seguridad del empleador”, en Jurisprudencia Argentina (núm. 5845), del 8-9-93.
4. CORNAGLIA, Ricardo J., “Derecho de Daños laborales. Acciones comunes por infortunios”, Buenos Aires, Némesis, 1992.
5. ESPÍNOLA, María Agustina, “La obligación de seguridad. Su análisis en el marco del contrato de trabajo”, en RAMÍREZ, Luis Enrique (coord.), *Derecho del Trabajo y derechos humanos*, Buenos Aires, B de F, 2008.
6. GRISOLÍA, Julio A. y AHUAD, Ernesto J., “Contenido del deber de seguridad y consecuencias de su incumplimiento”, http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_grisolia_ahuad_seguridad.pdf, 13-7-2017.
7. GUTIÉRREZ, Gustavo Ezequiel, “La protección de la integridad psicofísica y moral del trabajador según la reforma de la ley de contrato de trabajo y en el nuevo Código Civil y Comercial”, García Alonso, <http://www.garciaalonso.com.ar/doc-93-la-proteccion-de-la-integridad-psicofisica-y-moral-del-trabajador-segun-la-reforma-de-la-ley-de-contrato-de-trabajo-y-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial.html>, 14-7-2017.
8. HURTADO REYES, Martín, “Tutela jurisdiccional diferenciada”, Lima, Palestra, 2006.
9. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, “Tratado de Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. III.
10. LOMBARDI, Juan Carlos, “Artículo 75 de la ley de contrato de trabajo. Deber de seguridad. Reforma de la ley 24.577 de riesgos del trabajo, en Derecho del Trabajo, 1996.
11. MANSUETI, Hugo Roberto, “Comentario a las leyes nacionales 27.320, 27.321, 27.322, 27.323 y 27.325”, en Anales de Legislación Argentina, 2017.
12. MARINONI, Luiz, “Tutela inhibitoria, individual y colectiva”, en Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

13. PAWLOWSKI DE POSE, Amanda Lucía, “Precisiones sobre el deber de prevención de los siniestros laborales” (nota a fallo), en Derecho del Trabajo 2016 (septiembre).
14. PIC, Paul, “Traité Elementaire de Législation Industrielle”, 5ª ed., Paris, 1922.
15. RINESSI, Antonio Juan, “El deber de seguridad”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.
16. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “El artículo 75 de la L.C.T. frente a la ley 26.773”, en Derecho del Trabajo 2013 (marzo).
17. RUBINSTEIN, Santiago J., “El deber de seguridad y su incidencia en las relaciones laborales”, en Derecho del Trabajo 1985-B.
18. SCHICK, Horacio, “La responsabilidad en la ley de riesgos de trabajo”, Colonia (R.O.U.), XXIV Jornadas de Derecho Laboral, Asociación de Abogados Laboralistas, 12, 13 y 14 de noviembre de 1998; Estudio Schick, http://www.estudioschick.com.ar/p_3.pdf, 10-8-2017.
19. SCHICK, Horacio, “Reforma a la ley de riesgos. Un viraje regresivo en materia de daños laborales”, en La Ley Suplemento Especial Nueva ley de riesgos del trabajo 2012 (noviembre).
20. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual” en Revista de Derecho Privado y Comunitario (núm. 17), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
21. WAYAR, Ernesto C., “El deber de seguridad y la responsabilidad civil del empleador”, en El Derecho (núm. 118), 1986.

Jurisprudencia

1. C.N.A.T., sala VI, 29-7-2005, “Necuzi, Marcelo A. c/Ventre Maderas S.R.L. y otros”.
2. CTrab. de Villa María, 14-3-2006, “Lobasto, Margarita y otros c/Industrias Martín Cubero S.A. y otros”.
3. C.S.J.N., 21-9-2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/Accidentes ley 9688”.
4. C.S.J.N., 1916, “Monreal de Lara de Hurtado c/Estado Nacional”.
5. C.N.A.T., sala VI, 30-9-2004, “Báez, Elizabeth Etel c/Orígenes A.F.J.P. S.A. s/Accidente acción civil”.

EL CASO SANTIAGO MALDONADO Y EL CONSENSO DEL NUNCA MÁS

por DANIEL LEANDRO BOCCOLI*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Referencias bibliográficas.

Resumen

El presente artículo refiere a la desaparición de Santiago Maldonado ocurrida el 1° de agosto de 2017 tras una violenta represión en la Lof en Resistencia, Cushamen, Chubut, por parte de la Gendarmería Nacional. Este grave acontecimiento es analizado a partir de un texto de Roberto Gargarella sobre el aprendizaje colectivo en los primeros años de transición a la democracia en Argentina y la cultura jurídica del Nunca Más. También se recuperan lecturas de los maestros italianos Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli acerca de la democracia, los derechos humanos y la paz con el objetivo de formular una reflexión sobre este nuevo caso de desaparición forzada y sus consecuencias institucionales y sociales.

* Magíster en Ciencia Política y Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Profesor Adjunto de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Docente investigador categorizado. Secretario de publicaciones del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos “Juan Carlos Gardella”. Miembro del Centro de Investigaciones en Políticas Públicas, Derechos y Gobierno. Exbecario del Museo del Holocausto Yad Vashem de Jerusalén. Director provincial de Programas en Derechos Humanos y del “Programa de Acompañamiento y Protección de Testigos y Querellantes en Juicios de Lesa Humanidad” de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe (decreto 1927/2008) (danielboccoli@gmail.com).

Abstract

The present article refers to Santiago Maldonado's disappearing on August 1st, 2017 after a violent National Gendarmery repression of members of the "Lof" in Resistencia, Cushamen, Chubut Province. This serious event is analysed on the basis of a Roberto Gargarella's text about the collective learning that took place in the first years of Argentina's transition to democracy and the "Nunca Más" legal culture. There is also a reference to Norberto Bobbio and Luigi Ferrajoli's lectures about democracy, human rights and peace with the objective of making a reflection about this new case of forced disappearance and its social and institutional consequences.

Palabras clave

Santiago Maldonado. "Cultura del Nunca Más". Democracia y derechos humanos.

Keywords

Santiago Maldonado. "Culture of never again". Democracy and human rights.

1. Introducción

Si uno ve la historia larga de la Argentina, podría ver como grandes oleadas (de derechos) que están en diálogo crítico con ciertas tragedias, más o menos cercanas, sobre las cuales se reacciona¹.

Escribo estas líneas al cierre de la Revista de nuestra Facultad cuando está por cumplirse un mes de la desaparición de Santiago Maldonado, ocurrida el 1º de agosto de 2017 tras la violenta represión en la Lof en Resistencia, Cushamen, Chubut, por parte de la Gendarmería Nacional.

Pocos días antes de la desaparición de Maldonado, en una nota periodística de julio de 2017, Roberto Gargarella reflexionaba sobre

¹ GARGARELLA, R., "Derechos humanos: un consenso por reconstruir", en diario *La Nación*, del 9-7-2017.

la lección que aprendimos en los primeros años de transición a la democracia. Afirmaba que en ese momento histórico se había construido un sólido consenso social en torno a los derechos humanos, que constituyó en Argentina una cultura y una generación del Nunca Más, que significaba básicamente la adhesión a dos principios: “un compromiso irrevocable con el respeto a los derechos humanos y una adhesión irrenunciable al sistema democrático”. En esa cultura, la idea de derechos humanos: “nos refiere ante todo, y a la luz de lo acontecido, a que no haya más tortura, a que no haya más disparos contra el que piensa distinto, Nunca Más persecución de las ideas «enemigas»”².

Advertía Gargarella en su reflexión que hoy ese consenso se encuentra amenazado y en crisis a raíz de la relativización del valor de los derechos humanos en función de coyunturas e intereses políticos. Afirmaba que las disímiles posturas asumidas por sectores de la sociedad argentina ante el valor de la vida y los derechos de los ciudadanos quedaba demostrada en hechos como la masacre de Once, la muerte de Nisman y el nombramiento de Milani.

Aunque tengo una gran valoración de su obra y su pensamiento, confieso que en mi primer lectura de aquella nota, la afirmación de Gargarella, “El Nunca Más terminó”, me pareció excesiva. Más aún cuando poco tiempo antes se había generado un gran consenso social y político sin fisuras, de repudio ante el fallo de la Corte de Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Muiña”, hecho que, como él mismo también indicaba en su texto, parecía ratificar la cultura del Nunca Más.

Sin embargo hoy, para comprender lo sucedido a Santiago Maldonado y ante algunos debates surgidos en nuestra sociedad con expresiones que pretendieron relativizar o negar la gravedad de este hecho, siento que debo volver a examinar la precisión de muchas de aquellas afirmaciones de Gargarella.

Aunque aún no se conocen los detalles de las investigaciones en curso, sí existen algunos hechos conocidos y probados de lo sucedido: la violenta represión de Gendarmería del día 1º de agosto y la presencia de Santiago Maldonado en el acto de protesta que motivó dicha intervención, según pruebas acompañadas por la abogada de la familia

² GARGARELLA, R., “El pacto del Nunca Más terminó”, en diario *La Nación*, del 7-7-2017.

Maldonado. También dos testigos de la comunidad Pu Lof aseguraron ante la Fiscalía de Trelew que a Maldonado lo subieron a una camioneta de esa fuerza de seguridad.

Más allá de las interpretaciones acerca de estos dramáticos hechos, su gravedad reclama una activación de la cultura del Nunca Más. Esto significa, en primer término, construir una amplia unidad social y política en reclamo por el inmediato esclarecimiento de lo ocurrido. Lamentablemente, en muchas de las acciones inmediatas posteriores al hecho, tanto sectores políticos y sociales como medios periodísticos realizaron interpretaciones donde primaban sus propios intereses por encima de la defensa de la vida e integridad de Maldonado al igual que en los casos que menciona Gargarella en su nota. A pesar de la gravedad de la situación no hubo acuerdos para reclamar con firmeza por el derecho a la vida y el esclarecimiento de lo sucedido, sino polémicas, enfrentamientos y hasta expresiones que intentaron negar los hechos o dar pistas falsas, como la versión de un presunto viaje de Maldonado a la Provincia de Entre Ríos o su participación en una acción violenta en la que habría sido herido, que luego fueron desmentidas.

También se sabe que la causa a pedido de la Fiscalía se ha caratulado como “desaparición forzada de persona”. Esta gravísima calificación de los hechos tampoco generó acuerdos, e incluso algunos sectores sostuvieron que, pese a dicha figura legal, debía contemplarse que no había existido un plan sistemático de desaparición por parte del Estado. En realidad no hacía falta que exista un plan sistemático para que Maldonado sea un desaparecido, como plantearon también algunos periodistas. Existe incluso un antecedente de condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de agosto de 2011, por la desaparición forzada en democracia de Iván Torres en la Provincia del Chubut en el año 2003³. La ley establece que la desaparición forzada ocurre si existe “...la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma...” (artículo 142 ter del Código Penal). No se trata tampoco en este caso de una discusión entre democracia y dictadura, sino que el gobierno democrático debe responder por el cumplimiento

³ “Un fallo contra el silencio de ocho años”, en diario *Página 12*, del 10-10-2011. Ver también: CIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, fallo del 26-8-2011, www.corteidh.or.cr.

de la ley y por un ciudadano desaparecido⁴. Como argumentó Gargarella refiriéndose a las posturas encontradas ante el caso de Milani, ante la desaparición de Maldonado también es posible sostener que “no se deben anteponer las razones de la coyuntura por sobre los deberes de la resistencia moral de exigir justicia”⁵.

En este contexto quisiera aportar una reflexión acerca de la especial implicancia de estos hechos para quienes transitamos la vida académica en la Facultad de Derecho. Pueden existir múltiples versiones e interpretaciones de los mismos, pero creo que es posible encontrar acuerdos sobre algunos principios y valores básicos del Derecho. Entre otras, quisiera remarcar tres cuestiones que me parecen centrales.

En primer lugar, como ciudadanos y en especial como docentes de Derecho, deberíamos sostener la necesidad de reafirmar en forma plural el consenso del Nunca Más identificado por Gargarella. La Teoría del Derecho que enseñamos experimentó una profunda reconfiguración desde el advenimiento de la democracia en 1983, la que se consagró en la reforma constitucional de 1994. Una parte central del nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho se expresó en el consenso del Nunca Más.

En segundo término, debatir y reafirmar el núcleo de dicho consenso, los principios y valores de la democracia constitucional y los derechos humanos, precisados por Gargarella en su nota. En este tema nos parece insoslayable recuperar las lecturas de dos grandes teóricos del Derecho que tuvieron una gran influencia en la conformación de esta nueva cultura jurídica en Argentina. Me refiero a Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli, cuyas obras hemos estudiado, debatido y enseñado en nuestro quehacer académico y que nos ayudaron tanto a buscar respuestas como a precisar nuevas preguntas sobre el Derecho.

Fue a partir de la recepción de los textos de Bobbio y de sus valiosos aportes al debate jurídico y político que desde 1983 primó en nuestra universidad pública, y también en el mundo político, una concepción procesal o procedimental de la democracia sistematizada, entre otros autores por el filósofo italiano para quien la democracia

⁴ FALDUTO, F., “Macri no es la dictadura, pero debe responder por un desaparecido”, en diario *Perfil*, del 29-8-2017.

⁵ GARGARELLA, “El pacto...” cit.

en tanto forma de gobierno es, como algo básico y preeminente, un método, un procedimiento, unas reglas del juego, de las que él mismo dirá en un pasaje ya clásico: “permiten la más amplia y segura participación de la mayor parte de los ciudadanos, ya en forma directa, ya en forma indirecta, en las decisiones políticas, es decir, en las decisiones que interesan a toda la colectividad”⁶.

Aprendimos y enseñamos que esta concepción de la democracia implicaba un fuerte cruce entre democracia, reglas, Derecho y justicia, operando como discurso clave para la resolución de los conflictos en forma pacífica. Explicamos a nuestros alumnos que a partir de 1983 la democracia aparecía resignificada en términos de justicia, y la justicia en términos de procedimientos legales, donde es la ley en particular el elemento que se rescata de la democracia y que permite establecer una contraposición con la dictadura y proveerla de una identidad.

Y aprendimos también que, como reiterara una y otra vez este gran jurista después de un siglo de guerras y matanzas, con la democracia se construye y se garantiza la paz. Para lo cual es necesario, según Bobbio, poner en acción el nexo entre democracia y garantía de los derechos humanos, el derecho a la vida, las libertades fundamentales y los derechos sociales a la supervivencia, cuyas violaciones en todo el mundo son la causa principal de la violencia, de las guerras, del terrorismo. Ésta es una advertencia de Bobbio para nada utópica, sino lúcidamente realista y hoy más que nunca actual.

Junto a las lecturas de Bobbio, fueron luego los textos de su discípulo Luigi Ferrajoli, uno de los grandes juristas y filósofos del Derecho de las últimas décadas, los que contribuyeron también de manera decisiva a conformar nuestra manera de pensar los derechos fundamentales y de operar con ellos. Según el profesor español Manuel Atienza, la extraordinaria influencia de la obra de Ferrajoli en el mundo latino de Europa y América tiene que ver, sobre todo, con el hecho de que se trata de una teoría de gran rigor intelectual y profundas implicaciones prácticas y cuyos destinatarios no son exclusivamente otros teóricos del Derecho, sino cualquier jurista que se tome en serio su profesión: “El objetivo último de Ferrajoli, el ideal regulativo que

⁶ BOBBIO, N., “El futuro de la democracia”, FCE, México, 1993, ps. 14/15.

propone a los juristas, viene a ser éste: debe procurarse que el Derecho (nuestros derechos del Estado Constitucional) cumpla(n) sus promesas en relación con los derechos fundamentales. La obra de Ferrajoli está, pues, orientada a potenciar el lado emancipador del Derecho, pero sin olvidar tampoco (y de ahí su dimensión crítica) que en su funcionamiento real el Derecho no siempre cumple esa función”⁷.

Ferrajoli destaca en su Teoría del Derecho que “Los principios y los derechos establecidos por una constitución son entidades lingüísticas. *Funcionan como normas si y sólo si su sentido es generalmente compartido y viene tomado en serio por sus titulares y sus destinatarios. Crear consenso en torno a ellos es por lo demás el mejor modo de defenderlos*”⁸. Por esto sostiene que la cultura jurídica tiene un papel no simplemente cognoscitivo respecto de las constituciones y los derechos, sino que también tiene efectos performativos de constitución de modalidades del lazo social y de los sujetos. Allí radica el rol central de los juristas, que formamos parte del objeto que indagamos y contribuimos a formarlo.

En tercer lugar, en cuanto a los derechos fundamentales precisa Ferrajoli que “tal y como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos como *leyes del más débil*, en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia”⁹.

Esta precisa definición del Derecho como ley del más débil que “ha significado en cada ocasión un *nunca más*, estipulado contra la violencia y la prepotencia generadas por la ausencia de límites y reglas” que desarrolla en sus trabajos Ferrajoli y que el maestro italiano citó en su clase magistral en el aula magna de nuestra Facultad, en ocasión de otorgársele el título de Doctor Honoris Causa por nuestra Universidad, cobra un especial significado en el caso de Santiago Maldonado. En su ausencia rige la ley del más fuerte, propia de un Estado de naturaleza prepolítico y sin ley.

⁷ ATIENZA, M., “Tesis sobre Ferrajoli”, en *DOXA. Revista de Filosofía Jurídica*, Madrid, 1999.

⁸ FERRAJOLI, L., “*Principia Iuris*. Teoría del Derecho y de la democracia”, Trotta, Madrid, 2011, t. II, ps. 51-57.

⁹ “Una confirmación de ello es el origen histórico de todos estos derechos, que siempre han sido promulgados, en las distintas cartas constitucionales, tras luchas o revoluciones [...] siempre han representado otras tantas conquistas de sujetos débiles frente a las leyes de los más fuertes” (íd., ps. 59-61).

Hace ya muchos años que desde distintos sectores académicos y sociales se viene señalando la notoria ausencia de reformas institucionales democráticas en las fuerzas de seguridad en nuestro país, lo que ocasiona que muchas de sus acciones sean típicas de un “verdadero Leviatán hobbesiano portador de una impronta absolutista”. Esta falta de límites y control legal de las fuerzas de seguridad no es un factor intrínseco y “natural” de las mismas, sino que “es el resultado de un conjunto de prácticas tradicionales de la clase política argentina”¹⁰. En treinta años han sido escasos los pasos para construir consensos sociales y políticos acerca de qué significa abordar las políticas de seguridad pública en un régimen democrático¹¹.

Como afirma Gargarella en la cita que da inicio a esta nota, los derechos en Argentina están en diálogo crítico con ciertas tragedias ante las cuales reaccionan.

La desaparición de Santiago Maldonado es una de ellas, y desde nuestro trabajo profesional, académico y docente exige una reflexión profunda a fin de comprender sus gravísimas consecuencias institucionales para nuestra democracia. Exige también la reafirmación del valor de la ley, el derecho a la vida, la verdad y la justicia. Parafraseando a Ferrajoli, exige comprender que todos debemos “tomar los derechos fundamentales en serio” y que sin reglas no habrá participación de los ciudadanos y mejor democracia, y sin tolerancia y pluralismo no habrá paz.

Cada vez que, en estos largos treinta días, desde las redes sociales la foto y la mirada brillante de Santiago Maldonado nos ha interrogado e interpelado, he procurado comprender un poco más el significado de este trágico hecho. He vuelto a los interrogantes del texto de Gargarella y a las enseñanzas de otros maestros del Derecho.

También he recordado mis experiencias pasadas, como estudiante

¹⁰ SAÍN, M., “El Leviatán azul. Política y policía”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 16.

¹¹ Varios fueron los intentos de reformar la institucionalidad policial en las provincias, pero el denominador común es su carácter incompleto y fallido (FÖHRIG, A. y POMARES, J., “La seguridad pública en 30 años de democracia”, en *Revista SAAP*, vol. 7 [núm. especial 2], noviembre de 2013; SAÍN, op. cit.).

y docente de Derecho, en la historia reciente del autoritarismo y la transición a la democracia en Argentina. En dicha transición la cultura del Nunca Más fue producto de la lucha plural de nuestra sociedad, de madres, familiares, movimientos sociales, religiosos, políticos, intelectuales, académicos y tantos más. Esta acción colectiva por la justicia y contra la impunidad ha sido reconocida universalmente tanto en los medios académicos como en los organismos y organizaciones del movimiento global de derechos humanos¹².

Desde las perspectivas que ofrecen estas lecturas y experiencias se reafirma que aquel acuerdo plural y tolerante es garantía para asegurar la democracia y los derechos y que su continuidad demanda de todos, y en especial de los que nos dedicamos a estudiar y enseñar el valor de la democracia constitucional y los derechos fundamentales, una acción conjunta que exija el cumplimiento de la ley y el esclarecimiento de lo ocurrido a Santiago Maldonado. Este punto es crucial para salvar aquel acuerdo refundacional.

¹² La cultura del Nunca Más fue producto de la promoción de la justicia transicional y los derechos humanos desde finales de la década de los ochenta y mediados de los noventa del siglo pasado realizada por las luchas de diferentes actores de la sociedad civil en Argentina y América Latina (SIKKINK, K., “La cascada de la justicia. Cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política”, Gedisa, Buenos Aires, 2013; ABRAMOVICH, V., “La situación de los derechos humanos en América Latina”, exposición en el Panel Derechos Humanos, Autoritarismo y Democracia, organizado por Memoria Abierta y Coalición Internacional de Sitios de Conciencia, Buenos Aires, 18-5-2009; ABRAO, P. y TORELLY, M. D., “Democratización y derechos humanos: compartiendo experiencias de América Latina”, en REÁTEGUI, F. [ed.], *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil y Centro Internacional para la Justicia Transicional [ICTJ], Brasilia y Nueva York, 2011; ELSTER, J., “Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica”, Katz Editores, Buenos Aires, 2006; BURT, J.-M., “Desafiando a la impunidad en tribunales nacionales: juicios por derechos humanos en América Latina”, en REÁTEGUI [ed.], op. cit.; PAIGE, A., “Cómo las ‘transiciones’ reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”, en REÁTEGUI [ed.], op. cit.; VAN ZYL, P., “Promoviendo la justicia transicional en sociedades posconflicto”, en REÁTEGUI [ed.], op. cit.; Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS], “La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos humanos”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011; “Derechos humanos en Argentina. Informe 2016”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016).

2. Referencias bibliográficas

- ABRAMOVICH, Víctor, “La situación de los derechos humanos en América Latina”, Buenos Aires, exposición en el Panel Derechos Humanos, Autoritarismo y Democracia, organizado por Memoria Abierta y Coalición Internacional de Sitios de Conciencia, 18-5-2009.
- ABRAO, Paulo y TORELLY, Marcelo D., “Democratización y derechos humanos: compartiendo experiencias de América Latina”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia y Nueva York, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2011.
- ATIENZA, Manuel, “Tesis sobre Ferrajoli”, en Doxa. Revista Filosofía Jurídica, Madrid, 1999.
- BOBBIO, Norberto, “El futuro de la democracia”, México, FCE, 1993.
- “El problema del positivismo jurídico”, México, Fontamara, 1994.
- BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola, “Diccionario de política”, México, Siglo XXI, 1985.
- BURT, Jo-Marie, “Desafiando a la impunidad en tribunales nacionales: juicios por derechos humanos en América Latina”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia y Nueva York, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2011.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Derechos humanos en Argentina. Informe 2016”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- “La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos humanos”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- CRENZEL, Emilio, “La historia política del Nunca Más: la memoria de las desapariciones en la Argentina”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.
- ELSTER, Jon, “Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica”, Buenos Aires, Katz Editores, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías: la ley del más débil”, Madrid, Trotta, 1999.
- “*Principia Iuris*. Teoría del Derecho y de la democracia”, Madrid, Trotta, 2011.
- FÖHRIG, Alberto y POMARES, Julia, “La seguridad pública en 30 años de democracia”, en Revista SAAP, vol. 7 (núm. especial 2), noviembre de 2013.

- GARGARELLA, Roberto, “30 años de derechos humanos en Argentina”, en *Revista SAAP*, vol. 7 (núm. especial 2), noviembre de 2013.
- PAIGE, Arthur, “Cómo las ‘transiciones’ reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia y Nueva York, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2011.
- REÁTEGUI, Félix (ed.), “Justicia transicional. Manual para América Latina”, Brasilia y Nueva York, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2011.
- SAÍN, Marcelo, “El Leviatán azul. Política y policía”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.
- SIKKINK, Kathryn, “La cascada de la justicia. Cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política”, Buenos Aires, Gedisa, 2013.
- VAN ZYL, Paul, “Promoviendo la justicia transicional en sociedades posconflicto”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia y Nueva York, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2011.

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL SIGLO XXI

por ERNESTO EDWARDS*

SUMARIO: 1. Contextualización. 2. ¿Qué es el principio precautorio? 3. El principio precautorio es un principio, no otra cosa. 4. Qué no es el principio precautorio. 5. Elementos del principio precautorio. 6. Efectos jurídicos del principio precautorio. 7. El principio precautorio y la responsabilidad civil. 8. Régimen de responsabilidad en los contratos de consumo. 9. ¿Por qué hablar de un nuevo Derecho de Daños? 10. El artículo 41 de la CN y la Ley General del Ambiente. 11. La CSJN y el caso “Salas”. 12. Las contradicciones y los consumidores. 13. El pasado y el futuro. *De lege lata* y *de lege ferenda*. 14. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el principio precautorio, de carácter internacional, y enlazarlo con la responsabilidad civil a nivel nacional, a efectos de demostrar que no es éste un principio que sólo deba relacionarse con el Derecho Ambiental, sino que es de suma importancia para todo el ordenamiento jurídico y, en especial, para el Derecho de Daños.

* Abogado por la Universidad Nacional de Rosario (UNR '12) con Diploma de Honor y Medalla de Oro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL '13), Especialista en Gestión Educativa (FLACSO '14). Director de Investigaciones Jurídicas de Fundación Libertad; profesor adjunto de Filosofía del Derecho en UCEL, y profesor adscripto de Derecho Político en UNR. Conductor y columnista especializado en diversos ciclos televisivos, radiales y gráficos.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the precautionary principle, which is of international nature, and link it with national civil liability, in order to demonstrate that this is not a principle that should only be related to Environmental Law, but that is of paramount importance for the entire legal system and, in particular, for Torts Law.

Palabras clave

Derecho Ambiental. Principio precautorio. Responsabilidad civil.

Keywords

Environmental Law. Precautionary principle. Civil liability.

1. Contextualización

La problemática medioambiental es un acuciante tema que viene despertando, desde hace ya varias décadas, la atención de toda la Comunidad Internacional. Se presenta como primordial ubicar en el centro del debate a la degradación ambiental y de esta manera detectar cuáles son sus factores determinantes y los mecanismos a implementar para frenarla.

La interdependencia de los sistemas ecológicos inserta a esto en el ámbito del Derecho Internacional Público: son cuestiones que los Estados no pueden resolver aisladamente, separados de los demás. Los daños que se producen diariamente no reconocen límites ni jurídicos ni políticos.

Es destacable el hecho de que en siglos anteriores el avance de la tecnología sólo había producido lo que, en comparación con la actualidad, hoy serían daños menores, casi imperceptibles. Ha sido durante el siglo XX, y más que nada después de la segunda mitad del mismo, que se ha producido una evolución inesperada, nunca antes vista. La preocupación tras la Segunda Guerra Mundial acerca de la posibilidad del holocausto nuclear puede bien resumirse en aquella famosa frase de Albert Einstein: “No sé cómo será librada la Tercera Guerra Mundial, pero puedo decirle qué van a usar en

la Cuarta: ¡piedras!”¹ Ubicándose en el foco internacional, de aquí en más, la certidumbre de que de mantenerse el *statu quo* el hombre terminaría autodestruyéndose.

Con el surgimiento de Naciones Unidas se dará un gran desarrollo de la legislación ambiental y se celebrarán una serie de acuerdos en pos de regular los campos de acción de los Estados. Si bien es cierto que la mayoría de las disposiciones son programáticas –y no operativas–, se ha logrado que se acuerden ciertos compromisos de aplicación gradual de políticas positivas para el medio ambiente, con metas fijadas y fechas ciertas (v. gr., el Protocolo de Kyoto sobre Cambio Climático de 1997, que se encuentra vigente).

El reconocimiento del derecho a un ambiente sano, primero a nivel internacional en diversos instrumentos y, luego, a nivel nacional en el artículo 41 de nuestra CN –tras la reforma constitucional del año 1994–, demuestra claramente la aceptación universal de los denominados *derechos de tercera generación*, es decir, aquellos derechos colectivos que son de todos y de nadie en particular: no pueden ser apropiados por sujetos individuales.

A riesgo de adelantarnos en la exposición, antes de proseguir resulta interesante detenerse brevemente en el distingo que propone María Paulina Martínez, primero refiriendo a la existencia de los *derechos de cuarta generación* (que algunos vinculan, en contraposición con los de tercera generación que se dirigirían a las inescrutables mayorías, con los derechos de las minorías), para así luego plantear que el principio precautorio (del cual ya hablaremos) es “un derecho de quinta generación al ser un derecho de supervivencia creado por el hombre y para protegerse de sí mismo, y que a la vez lo convierte en un derecho de futuro, buscando evitar daños aun ante la ausencia de evidencia científica, dejando atrás un derecho de pasado basado en la certeza, y centrado en la reparación y represión ante el daño ya consumado”².

¹ CALAPRICE, A., “The New Quotable Einstein” (“El nuevo Einstein citable”), en entrevista de EINSTEIN, A. con WERNER, A., en *Liberal Judaism* 16, abril-mayo de 1949, trad. libre, Princeton University Press, EE. UU., 2005, p. 173.

² MARTÍNEZ, M.^a P. y GARCÍA REY, M.^a C., “Protección ambiental: el principio precautorio. La tutela jurídica del medio ambiente”, 1^a ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2008, Colección Cuadernos de Época, Serie Medio Ambiente, p. 18.

La mayoría de los documentos internacionales de derechos humanos no mencionan de forma expresa los derechos mentados en los párrafos anteriores. Sin embargo, éstos se infieren de otros conexos con los que guardan una relación directa³.

2. ¿Qué es el principio precautorio?

El interrogante que sirve como punto de partida neurálgico en orden a embarcarnos en el resto del trabajo es aquel que lleva de título esta sección: ¿qué es el principio precautorio? No es una incógnita de fácil dilucidación, y podría recaerse en lugares comunes al expresar que existen tantas definiciones y conceptos como autores interesados en dar uno (no obstante, no sería errado el hacer mención expresa de esa situación, porque es certera). La doctrina le ha dado otros nombres a este principio, nombres que revierten en la misma figura: “principio de precaución”, “de cautela”, “*in dubio pro ambiente*”, “*in dubio pro natura*”. Si bien podría discutirse que, técnicamente, habría diferencias entre qué significa exactamente cada una de las locuciones enumeradas, lo principal es destacar el hecho de que suelen utilizarse indistintamente.

La primera gran problemática que se presenta al momento de intentar dar con un concepto del principio precautorio se centra, desde el vamos, en si puede considerárselo un principio o no. Puede apreciarse a simple vista que se complica delimitar la naturaleza del instituto desde que su *nomen iuris* adquiere un papel que no siempre tienen otros. Esto se desarrollará más *in extensum ut infra*.

Encontrar una definición precisa es una gesta complicada. El principio precautorio remite de forma directa a la noción de incertidumbre, con lo cual todo se torna incierto. Ana Carolina Casagrande Nogueira⁴

³ Sólo como ejemplo basta el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos: toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar. Puede consultarse online en: <http://www.avvdefilippi.com/spanish/html/convenzione.html>, consultado por última vez el 2-8-2017. Fue utilizado como argumento en el caso “López Ostra c/España” (1994).

⁴ CASAGRANDE NOGUEIRA, A. C., “Le principe de précaution: nouvel élément du contrôle de légalité” (“El principio precautorio: nuevo elemento de control de

explica que el primer paso para poder comprender al principio precautorio es analizarlo como un *principio simple*, uno que se desprende de la evolución lógica y propia, sostenida en el tiempo, del Derecho Internacional Ambiental. Una evolución que toma como posta el privilegiar la prevención de daños (y la reparación de aquellos que hayan podido causarse) incluso antes de que se produzcan, haya o no certeza científica de su acaecimiento en el futuro.

Como fuera adelantado al comenzar esta sección, las definiciones esgrimidas son harto numerosas. Debido al carácter de este trabajo, sería una tarea ciclópea el lograr una sistematización totalizadora, por lo que sólo recorreremos algunas que nos parecen más significativas.

En la doctrina nacional es Aída Kemelmajer de Carlucci, exministra de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza y una de las redactoras del Código Civil y Comercial de la Nación, quien lo conceptualiza de la siguiente manera: “el principio de precaución se aplica en todo aquello que supone resguardar derechos humanos y privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aun en un plazo muy largo”⁵.

Continuando con las ideas vertidas por redactores del Proyecto mentado, es Ricardo Luis Lorenzetti⁶, expresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien esboza como explicación que el principio precautorio apunta a las medidas tuitivas de carácter anticipado, pretendiendo evitar el daño y no repararlo una vez ya provocado.

Roberto Andorno, por su parte, nos deja la enseñanza transcrita a continuación: “El principio de precaución, a pesar de su aparente vaguedad, implica una nueva y revolucionaria forma de decisión política, más democrática, transparente y respetuosa de los reales intereses de la población. Inspirados en este principio, los poderes públicos pueden y deben ejercer una actitud de mayor prudencia ante los desarrollos

legalidad”), en *Revue Française de Droit Administratif* (Revista Francesa de Derecho Administrativo), vol. 15, núm. 4, París, julio-agosto de 1999, ps. 195 y ss.

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Determinación de la filiación del clonado”, en *Jurisprudencia Argentina* 2001-IV, fasc. 12.

⁶ LORENZETTI, R. L., “El paradigma ambiental”, en AA. VV., *Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la sustentabilidad*, Universidad Católica de Salta, Salta, 2007, t. I, ps. 14 y ss.

tecnológicos, haciendo prevalecer los imperativos de la salud y de preservación del medio ambiente por encima del mero criterio de rentabilidad económica inmediata”⁷.

Los norteamericanos, por su parte, con su sana costumbre de producir frases fáciles de memorizar para comprender fácilmente cuestiones que quizá presentan una profunda complejidad, han acuñado el término “*to err on the safety side*” (“errar del lado de la seguridad”), para subsumir la idea principal que contiene el principio precautorio: tomar como prioridad el proteger al hombre y preferir equivocarse en que algo no es dañino que cometer el error de hacer algo que termine siendo peligroso para el hombre y su medio.

No es inútil tomar, ahora, un documento a nivel internacional que lo define. En este caso hablamos de la Unesco y su “Report on the Expert Group on the Precautionary Principle of The World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (Comest)”, que plasma dos nociones que marcan un antes y un después para este principio, la moral y la ética: “Cuando las actividades humanas puedan acarrear un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, se adoptarán diversas medidas para evitar o disminuir ese daño”⁸.

Para ir finalizando con este segmento, es un ejercicio entretenido y provechoso el de tener en cuenta la etimología de la palabra “precaución”. Sustantivo del verbo “precaer” (proviniente del latín *pre*, es decir, antes, y *cavere*, tomar cuidado), da la idea de tener cautela de forma adelantada, de tomar una actitud que se ubique temporalmente anterior a la potencial producción de un efecto indeseable.

3. El principio precautorio es un principio, no otra cosa

Retomando lo desarrollado *ut supra* sobre las discusiones en torno a la naturaleza jurídica de *lo precautorio*, es decir, si se trata de un principio o no (vale adelantar que nosotros nos enrolamos en la postura

⁷ ANDORNO, R., “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, en *Jurisprudencia Argentina* 2003-III-962.

⁸ Puede consultarse online en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001380/138091s.pdf>, consultado por última vez el 2-8-2017.

que defiende y afirma que estamos frente a un principio que podría juntarse con la congerie de principios generales del Derecho).

Estas discusiones han surgido en el seno de lo que se conoce como *posturas críticas del principio precautorio*, que descreen de su ser un principio, y prefieren caracterizarlo como un enfoque, un *approach*, como pautas hermenéuticas a disposición de los operadores jurídicos al momento de tomar decisiones, pero no como un faro que guíe el adecuado comportamiento frente a determinadas situaciones. Cass R. Sunstein⁹ es uno de los principales expositores en contra del principio precautorio, aduciendo que se trata de una traba para el avance científico, que el no permitir el avance de la ciencia es lo que destruye absolutamente su fin: el progreso. Sosteniendo sus ideas en la tradición, argumenta su punto en base a que el progreso científico se ha debido, en muchos casos, a errores, al experimentar a pesar de no saber las consecuencias. Por eso propone otro principio para que tome el lugar del precautorio: el “*anti-catastrophe principle*” (“principio anticatástrofe”).

Retomando el hilo acerca de la naturaleza jurídica del (principio) precautorio¹⁰, vemos que podemos agrupar las posturas en cuatro grandes grupos teóricos:

- A) Aquellos que piensan que se trata de una *conducta precautoria*. Frente al riesgo, clásicamente, se puede observar este tipo de comportamiento. En el campo de lo contractual es más fácil comprenderlo mediante un ejemplo, como el de los contratos aleatorios (por ejemplo, un contrato de renta vitalicia), que tienen en cuenta el azar o el *alea* ínsito en ellos, y demandan un comportamiento previsor de la posibilidad de que algo (bueno o malo) ocurra. Existe la posibilidad de que algo suceda, pero no se sabe a ciencia cierta si ello ocurrirá. Se procura evitar el riesgo, mas no se encarama a esta conducta como un principio.
- B) Están también los que defienden su carácter como *política re-*

⁹ SUNSTEIN, C. R., “Laws of fear: beyond the precautionary principle” (“Las leyes del miedo: más allá del principio precautorio”), trad. libre, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

¹⁰ Nos tomamos la libertad estilística de poner la palabra “principio” entre paréntesis en esta ocasión para que se comprenda mejor la idea a exponer en los párrafos siguientes, la de la discusión sobre si lo es o no.

gulatoria. Política cuya principal destinataria sería la Administración Pública. Ello significa que *lo precautorio* no es principista, sino que representa la forma o el tipo de respuesta que debe dar la Administración (la respuesta desde el poder), tomando como pautas la prevención del riesgo frente a la falta de certidumbre científica. Tiene como mayor debilidad la falta de inclusión del particular en la prevención, dejándolo todo en el campo de la abstracción, allí arriba en las grandes cúpulas.

- C) Se trata de un *enfoque/criterio*, de pautas hermenéuticas que facilitan la interpretación de los sucesos que se producen a nuestro alrededor y nos coadyuvan a elegir el camino para resolver lo que acaece; en este caso, para prevenir el daño antes de que se consume. Esta postura critica la vacuidad de las conceptualizaciones a nivel internacional (Comest, Unesco, etc.).
- D) El principio precautorio como *principio*, como venimos exponiendo previamente. Es una cuestión reconocida en el ámbito interno desde la reforma constitucional de 1994 y el agregado del respectivo artículo 41 de la CN.

Abrevemos escuetamente en el desarrollo de esta posible naturaleza jurídica, con la que comulgamos, y expliquemos de forma sintética algunos puntales. Néstor Cafferatta dice que los principios son “ideas directrices; pautas de valoración, líneas de orientación, criterios, razones o justificaciones, principios rectores, estándares; enunciados de fines del Estado; valoraciones tipificadas, ideas rectoras, pensamientos directores de una regulación existente o posible; una armazón, una arquitectura del ordenamiento jurídico; se oponen a algo acabado, terminado, ideas germinales; cumplen funciones integrativa, orientativa o de interpretación de normas, una función delimitativa, sin ahogar la tarea creativa y dinámica del Derecho y una función fundante: ofrecer un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas; tienen capacidad heurística, inventiva y organizativa”¹¹.

¹¹ CAFFERATTA, N. A., “Principios y efectividad del Derecho Ambiental”, 3ª Jornadas de Derecho Ambiental, Chile, octubre de 2006; puede consultarse online en: <http://www.derecho.uchile.cl/cda/da2006/jornadas%202006/PPTJornadas/2.5.cafferatta.pdf>, consultado por última vez el 2-8-2017.

De lo anterior se colige que no es fácil definir de qué hablamos cuando hablamos de *principio*. Sí podemos dar cuenta del rol fundante que cumplen, de su ubicación incuestionable en la cumbre del ordenamiento jurídico (sea cual fuere el ordenamiento en el que estemos pensando). Son más que pautas reguladoras, ya que deben ser tenidas en consideración en todo momento y en todo lugar (aunque pueda discutirse la posibilidad de su validez universal en todo tiempo y en todo espacio descontándose el contexto particularísimo, tema que se conectaría más con una disquisición iusfilosófica que una netamente jurídica).

Es una crítica comúnmente realizada la de que como principio no es de fácil delimitación, y que la mayoría de los instrumentos internacionales que lo definen hacen uso de palabras demasiado ambiguas con construcciones repletas de vaguedades (misma crítica que se le ha hecho al *interés superior del niño*¹²).

Sin embargo, cuando de principios se trata, mientras más abierto sea el concepto, mayor es el campo de acción que dejará a disposición a aquellos convocados a aplicarlos. La falta de claridad no es un error, tampoco implica una falta de contenido. Es, más bien, todo lo contrario. Es la amplitud la que permite que la positivización no cristalice, que no se cierren las posibilidades, que los principios vivan más allá de sus proposiciones y cumplan sus fines.

4. Qué no es el principio precautorio

Habiendo ya expuesto qué tenían para decir algunos autores sobre qué era el principio precautorio, resta ahora preguntarse cómo diferenciarlo de otros principios. Son cuatro los que aparecen como más confundibles, y pasaremos a exponerlos rápidamente:

- A) Con el *principio de prevención*: definido como “el deber de anticiparse al daño ambiental adoptando todas las medidas que sean necesarias para evitar que éste se produzca”¹³, Kemelmajer

¹² Principio presente en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

¹³ RIESCO, V., “Presencia y eficacia de los principios preventivo y precautorio en el SEIA chileno”, 3ª Jornadas de Derecho Ambiental, Chile, octubre de 2006.

de Carlucci realiza una magistral diferenciación del principio de prevención y del precautorio ubicando el distingo en los grados de incertidumbre, en las “diferencias de presupuestos: atento al riesgo verificado, peligrosidad conocida (prevención). En cambio, frente al riesgo potencial, incertidumbre sobre la propia peligrosidad por insuficiencia de conocimientos (precaución)”¹⁴.

- B) Con el *principio de evitación prudente*: la *prudent avoidance* anglosajona, que se subsume en la adopción de medidas sencillas, fácilmente aplicables y de bajo costo para reducir posibles riesgos demostrables.
- C) Con el *principio Alara* (“*As Low As Reasonable Achievable*”): “lo más barato que se pueda alcanzar razonablemente”. Políticas de minimización de riesgos del Estado, de origen estadounidense. Se funda en meras operaciones lógico-aritméticas.
- D) Con el *principio temerario*: la negación permite el reconocimiento del objeto estudiado, y por eso no resulta innecesario comparar los contrarios. Lo opuesto del principio precautorio es el principio temerario, que se traduce en la idea de que si algo produce más utilidades y ventajas para un sujeto en su posicionamiento en el mercado, debe ser realizado aunque se desconozcan sus consecuencias.

5. Elementos del principio precautorio

Atento a la profusa bibliografía respecto a este tema, y dado el carácter del presente trabajo (y así también para facilitarle la tarea al lector), se ha realizado previamente un proceso de abstracción para dejar sólo lo inteligible de la cosa y de lado lo meramente accidental o contingente. Sólo se explicarán aquellos elementos comunes a la mayoría de conceptualizaciones doctrinarias y legislativas. Asimismo, se invita al lector interesado a remitirse al material específico mencionado en la bibliografía.

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El principio de precaución en un documento de la Unesco”, Ponencia presentada en el I Programa de Capacitación Jurídica Ambiental para jueces de Cortes Supremas y demás Tribunales de Justicia de Argentina, Capital Federal, junio de 2005.

Son dos los elementos esenciales, mencionados mayoritariamente, que dan la nota típica del principio precautorio:

- A) *El riesgo/peligro de daño grave e irreversible*: el punto más candente de conflicto en doctrina y jurisprudencia; verdadera falta de uniformidad en los enunciados que pueden conocerse. La Unesco define al riesgo en el Comest como “una contingencia o posibilidad de pérdida o de consecuencias negativas. Supone la posibilidad, con un cierto grado de probabilidad, de daño para la salud, el medio ambiente y los bienes, en combinación con la naturaleza y la magnitud del daño”.
- B) *La incertidumbre científica*: vinculado inescindiblemente con el elemento anterior, permite ver cuál es el gran giro de *lo precautorio*. Si antes la incertidumbre permitía la realización de algo, aquí la inversión del *onus probandi* logra que sea aquel que quiere hacer algo el encargado de demostrar que no es dañino. Frente a la incertidumbre científica, la imposibilidad de corroborar si algo producirá daños o no, se ha de estar a la posibilidad de que podría producirlos, y que es mejor prevenir en vez de intentar reparar luego.

6. Efectos jurídicos del principio precautorio

Seguiremos la exposición de Lorenzetti¹⁵ para explicitar los cinco efectos más destacados del principio precautorio. Efectos conocidos como traslados: se pasa de una parte a la otra la carga de la realización de determinada actividad o comportamiento. Comúnmente se los conoce como traslados de riesgos. A continuación se exponen:

- A) *Traslado de la duda*: históricamente, ante la duda no se actuaba. Era un elemento que no formaba parte de los criterios de análisis de una situación dada. Ahora, frente a la duda, el principio precautorio obliga a actuar. La duda deja de estar a favor de quien promueve la realización de una determinada actividad cuyas consecuencias no pueden comprobarse con anterioridad, sino que está en su contra. Le da carácter *proactivo* al principio

¹⁵ LORENZETTI, op. cit.

precautorio, en vez de carácter *reactivo*. Ante la ausencia de pruebas o de certidumbre científica, ante la ignorancia, debemos protegernos y no creer que nada negativo podría suceder.

- B) *Traslado de la demora en actuar*: modificación de la anterior actitud pasiva que se daba cuando la duda surgía. Una actitud pasiva que se traducía en la espera de ver cuál era el resultado de lo que se hacía. La demora trae aparejados riesgos, y por eso debe evitársela.
- C) *Traslado del error*: plantea el problema de qué sucedería si se prohíbe algo que después se demuestra que no era perjudicial. No sólo que no era dañino, sino que también era benéfico. Es el *quid* de la cuestión y del debate respecto a la utilidad del principio precautorio y su supuesta obstaculización del progreso científico. Existe la posibilidad del error, pero se debe preferir el equivocarse a favor del ambiente, pues esperar a la comprobación significaría sólo el poder reparar y no el prevenir. Es el precio a pagar por la autoprotección del hombre.
- D) *Traslado del riesgo probatorio*: la ya tantas veces mencionada inversión de la carga probatoria, que hace que recaiga sobre aquel que desea realizar algo el probar que no atentará contra el hombre o su medio, en vez de ser los oponentes aquellos que deban demostrar su peligrosidad.
- E) *Traslado de la innovación*: explicita que el principio precautorio no es una traba al progreso, una resistencia a la evolución, sino que es la forma en la cual se propone solucionar los problemas actuales del hombre. Se pretende que se piense en formas de innovar, de mejorar, de cambiar, que tengan en cuenta al hombre y su contexto multidimensionalmente, recordando su dignidad y los peligros que el mundo actual tiende en su camino.

7. El principio precautorio y la responsabilidad civil

Carlos A. Ghersi expone notablemente que “el esquema clásico de la responsabilidad civil, que dominó durante siglos, se consolidó para el Derecho hispanoamericano con la aparición del Código de Napoleón,

y Vélez Sársfield lo adaptó a nuestra legislación”¹⁶. Ya en la época de Vélez Sársfield nuestro sistema de responsabilidad civil nacía caduco si se le realiza una simple mirada al Derecho Comparado de la época.

La responsabilidad civil clásica vino a llenar el vacío que la pregunta “¿Qué hacer frente al daño?” planteaba. Vino a responder cómo reparar aquello que había sido *roto*, y a explicarnos las causas que llevaban a esa reparación, las formas, y las distintas razones en las cuales se encolumnaban los comportamientos resarcitorios de los sujetos.

Mencionábamos una desactualización con respecto a lo que doctrinarios extranjeros venían pregonando. La misma se tradujo en la existencia de dos órbitas de responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual. En la actualidad se afirma que el sistema de responsabilidad civil es uno solo, aunque se admitan regímenes legales diferenciados por la causa-fuente de la obligación a reparar.

Quienes afirman que debe haber una sola órbita que congloba a todas las posibilidades se enrolan en la llamada *teoría unitaria*. La otra teoría, la *dualista*, hoy no tiene la aceptación que supo tener en épocas pasadas. La misma exponía la existencia de dos regímenes diferenciados, y opinaba que sólo existía responsabilidad en la extracontractual, desde que en la contractual operaba una suerte de garantía de resarcimiento como efecto propio de los contratos.

8. Régimen de responsabilidad en los contratos de consumo

No caben dudas de que nos encontramos transitando un acentuado proceso de descodificación del Derecho Privado en los últimos años, resultado del tratamiento particularizado de diversos temas en leyes especiales con plena vigencia en la actualidad. Es éste el caso del sistema de defensa del consumidor, que tiene su asidero en la ley nacional 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor). Dicha ley contiene una serie de elementos que impactaron sobremanera en el sistema de reparación de daños tradicional del Código Civil, y que siguen teniendo importancia en el actual Código Civil y Comercial.

Creándose, incluso antes de que la reforma constitucional de 1994

¹⁶ GHERSI, C. A., “Tratado de daños reparables”, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I.

lo tratara específicamente, dos categorías de no siempre bien ponderada importancia: la de usuarios y consumidores. Caracterizados de forma amplia en la normativa referenciada, lo destacable es la cabal comprensión de que son figuras que pueden englobar(nos) a todos desde que se puede (podemos) ser consumidor(es) dependiendo de en qué contexto nos situemos de un momento a otro. Nadie está exento de forma permanente de consumir o utilizar todo aquello que se nos ofrece, por lo que es un derecho que en potencia nos ampara a todos, previendo una posible situación de vulnerabilidad.

La mayor parte de las modificaciones, directas e indirectas, que se han producido por la incidencia de esta nueva perspectiva tuitiva del consumidor se enfocan en la importancia del principio protectorio. A la luz del mismo, con la idea de que los consumidores son sujetos vulnerables frente al superior poderío de quienes están por sobre ellos, la responsabilidad civil ha dado un vuelco.

Un dato que requiere un párrafo aparte es que se suprimen, básicamente, las diferencias entre la común división de órbitas de responsabilidad civil (contractual y extracontractual), para permitir una mayor protección de los consumidores, aun en casos en los que podría llegar a dudarse su aplicabilidad.

La responsabilidad se centra en la causación de un daño dentro de lo que se conoce como relación de consumo, de forma independiente de la causa generadora. La relación de consumo es aquella que tiene lugar entre consumidor o usuario y lo que se ha dado en llamar proveedor, que viene a ocupar el otro rol, a ser la otra parte relacional. Se trató de una noción superadora de la distinción histórica entre contractual y extracontractual, abriéndose a la posibilidad de que se proteja a un mayor número de sujetos que podrían quedar afuera, de restringirse y definirse estrictamente (como es el caso de la publicidad engañosa, donde aún no se ha celebrado un contrato pero aquellos expuestos a la misma pueden verse dañados por las mentiras vertidas).

Esto se colige de los artículos 5° y 40 de la ley nacional 24.240, al responsabilizar a los proveedores por el deber de seguridad, proyectado éste no al contrato de consumo, sino a la relación de consumo; y al tener en cuenta los daños sufridos por el consumidor por el riesgo o vicio de la cosa o servicio.

9. ¿Por qué hablar de un nuevo Derecho de Daños?

Todo lo expuesto en el presente trabajo no ha sido más que el preámbulo necesario para poder exponer lo que algunos llaman un nuevo Derecho de Daños o el Derecho de Daños del siglo XXI.

El pasado y la tradición nos han hecho conocer un Derecho que siempre llega después de lo sucedido, tarde, normalmente tarde. La responsabilidad civil ha sido la herramienta que viene a intentar reparar lo que ya ha sido dañado, siendo eso muchas veces fácticamente imposible. La idea de un nuevo Derecho de Daños se desprende de una nueva visión de la responsabilidad civil a través del principio precautorio como el puntal que nos deje pensar en cómo lo posible afecta a lo probable.

El daño como presupuesto de la responsabilidad ha sido un requisito *sine qua non*, nunca faltando en cualquier exposición de ningún jurista. Mas lo propuesto por estas nuevas corrientes de pensamiento es poder pensar a la responsabilidad sin daño, antes del daño, previa al daño. ¿Por qué no intentar prevenir en lugar de reparar? Ésa es la pregunta fundamental que se nos aparece.

Si los tiempos actuales presentan problemas que no podían ser pensados hace sólo algunas décadas, ¿por qué esperar a ver si las cosas tienen un resultado aciago? Vivimos en un mundo de riesgos insospechados, y deberíamos comportarnos de forma tal de no provocar nada más allá de lo necesario. Para eso está el principio precautorio y su potencial vinculación con la responsabilidad civil: prevenir antes que reparar, proteger al hombre de sí mismo.

10. El artículo 41 de la CN y la Ley General del Ambiente

En 1994 tuvo lugar en nuestro país la que fuera, por lo menos hasta el momento, la última reforma constitucional de nuestra Carta Magna. Cuestiones políticas de lado, en una nueva sección fue incorporado el artículo 41, que introdujo las temáticas medioambientales como derechos fundamentales de todos los argentinos.

El artículo 41 de la CN establece lo transcrito a continuación: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las

necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”¹⁷.

Este artículo viene a dejar plasmado para la posteridad el concepto de desarrollo sustentable. Sin embargo, autores como Humberto Quiroga Lavié¹⁸ argumentan que, en realidad, el principio precautorio podría verse desprendido implícitamente, también, de esta normativa.

Independientemente de qué postura se tome respecto a esta divergencia doctrinaria, el artículo 41 de la CN consagra una suerte de “federalismo ambiental” que impone a las provincias y al Estado nacional el deber de trabajar conjuntamente para la protección del medio ambiente y su desarrollo sustentable.

Es por lo recién mentado que el 6 de noviembre del 2002 fue sancionada la ley nacional 25.675 (Ley General del Ambiente), que en su artículo 4° consagra al principio precautorio, junto con una congerie de otros principios sumamente importantes, con una mayor amplitud que la mayoría de los documentos conocidos hasta el momento. ¿Qué dice el artículo en cuestión? Dice así: “...Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente...”¹⁹

Lo novedoso de esta enunciación del principio reside en que no

¹⁷ Puede consultarse online en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>, consultado por última vez el 2-8-2017.

¹⁸ QUIROGA LAVIÉ, H., “La protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional”, en *La Ley* del 18-3-96.

¹⁹ Puede consultar el documento online en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>, consultado por última vez el 2-8-2017.

es sólo la falta de certeza científica como supuesto de hecho lo que permite su aplicación, sino que ahora se agrega la ausencia de información. Con este agregado el campo de acción del principio aumenta considerablemente, porque puede que estemos frente a un tema sobre el cual haya una certeza científica debidamente demostrada, pero puede que no tengamos acceso a la misma, con lo cual deviene en un ejercicio fútil que sigue permitiendo la aplicación del principio ante la imposibilidad de comprobar algo directamente.

De todo esto se colige que el principio precautorio ha tenido un contundente impacto en el Derecho Constitucional; el fallo “Casal” de la CSJN vino a establecer la garantía de la doble instancia recursiva y su necesidad para estar frente a un Estado Constitucional de Derecho. El principio precautorio viene a llevarnos a un Estado Ambiental de Derecho, y el artículo 41 de la CN impacta de doble manera: como garante de la sustentabilidad y de la equidad inter e intrageneracional.

Parece adecuado cerrar con una reflexión de Roberto Andorno: “la enorme trascendencia de los bienes que están en juego, que pueden sufrir daños graves e irreversibles, por falta de las acciones adecuadas, [se] requiere un debate abierto y democrático acerca de las medidas a tomar. Tal debate deberá contar con la participación de todos los sectores afectados, teniendo siempre presente que la implementación del principio de precaución exige que, en la duda, se otorgue primacía a la vida y salud de la población por encima de los intereses comerciales. Así entendido este criterio, puede constituir una ayuda invalorable para que las innovaciones tecnológicas se orienten hacia el bienestar de las generaciones presentes y futuras”²⁰.

11. La CSJN y el caso “Salas”

Dedicaremos los siguientes párrafos al análisis de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que aplicó el principio precautorio. De esta forma podremos ver cómo ha aparecido en la realidad argentina, sus características más salientes, y pensar qué nos espera al doblar de la “esquina jurídica”.

²⁰ ANDORNO, op. cit.

El caso sometido a consideración en esta ocasión es, según obra en autos, “Salas, Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/Amparo”. Procederemos, ahora, a hacer una sintética descripción de las temáticas tratadas y un breve análisis sobre el fallo.

Finalizando el año 2008, la CSJN tuvo una oportunidad que pocas veces se presenta: la de expedirse en un caso que cambiaría para siempre el panorama de *lo precautorio*. Se presentó un reclamo de un conjunto de personas físicas y jurídicas de distintos estratos sociales (incluyendo a las comunidades indígenas, por ejemplo) de la Provincia de Salta, deduciendo una acción de amparo contra Salta y el Estado nacional a fin de que cesara el daño ambiental provocado por el desmonte y la tala en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria.

Ante la falta de certeza científica de que el desmonte y tala realizados de la manera en que se venían produciendo no provocarían un grave e irreversible daño a la zona, la parte actora sostuvo como principal fundamento la aplicación del artículo 4º de la Ley General del Ambiente, donde se establece el principio precautorio, y el hecho de que los encargados de llevar a cabo la tarea no habían podido demostrar la falta de peligro para el medio ambiente. Asimismo, peticionaron una medida cautelar que paralizara la situación.

El Dictamen de la Procuración General de la Nación aconsejó no resolver el conflicto planteado, esgrimiendo que no se trataba de una cuestión federal suficiente. Aun así, dejó como última posibilidad que, de concurrir los requisitos para disponer la medida cautelar solicitada, entonces podrían hacerlo sin ningún tipo de óbice.

Los demandantes atribuían responsabilidad a la Provincia de Salta por el incumplimiento de sus obligaciones legalmente atribuidas, tanto por acción como por omisión de sus funciones, desde que se habían otorgado autorizaciones para desmonte y tala que permitían prácticas clandestinas en su jurisdicción. A su vez, se suma al Estado como legitimado pasivo, ya que la falta de control a la Provincia de Salta podría hacerlo incurrir en responsabilidad internacional por la no vigilancia de los pertinentes tratados internacionales.

La Corte decidió dictar una medida cautelar, entendiendo que estaban presentes todos los requisitos que doctrina y jurisprudencia dicen

que corresponden: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, proporcionalidad y contracautela.

La limitación en el tiempo es el principal elemento que debe tenerse en cuenta para que una medida no se presente como irrazonable. Esto quiere decir que se ha de tomar una medida cuando haya incerteza científica o ausencia de información, pero ésta no puede ni debe ser prolongada *ad infinitum*, porque ahí se traduciría en un obstáculo para el desarrollo científico y el progreso de la humanidad.

La verosimilitud en el derecho, como explica el maestro Alvarado Velloso²¹, “castizamente, es verosímil lo que tiene apariencia de ser verdadero y resulta creíble”, queriendo significar la probabilidad de que aquello que se pretende cautelar se corresponda con la realidad. Por otro lado, está el peligro en la demora, que nos ubica en que ante el paso del tiempo podría llegar a darse una situación dañosa que provoque un gravamen irreparable. La proporcionalidad nos centra en el tema de que no debe peticionarse algo que no sea congruente con el peligro existente, y la contracautela (que, en este caso, por las particularidades, no es necesaria).

La Corte dispuso la medida cautelar y paralizó el desmonte y tala de los bosques nativos de Salta que se encontraban en peligro, aplicando el principio precautorio y dejando en claro su plena validez en nuestro país.

12. Las contradicciones y los consumidores

Resulta más que adecuado dedicarle unas líneas a algunas cuestiones que merecen unas reflexiones finales en vista a lo desarrollado en los apartados precedentes. Por un lado, están las contradicciones que pueden verse entre lo que dice la ley, lo que los jueces deciden y lo que los políticos hacen; por el otro, tenemos el análisis de la situación particular de los consumidores frente a la posibilidad de que en el futuro se los tenga más en cuenta al momento de legislar sobre la temática.

²¹ ALVARADO VELLOSO, A., “Introducción al estudio del Derecho Procesal. Tercera parte”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

Como expusiéramos correspondientemente, la situación de estos sujetos de derecho tan vulnerables, como son los consumidores, a los vaivenes de un mercado cuya competencia no es debidamente fomentada y que decide subóptimamente por ellos podría verse mejorada por un mayor reconocimiento de la aplicación del principio precautorio por fuera del campo del Derecho Ambiental.

Queda planteada la problemática de los consumidores para ser resuelta a futuro, y éste es nuestro humilde aporte.

13. El pasado y el futuro. *De lege lata y de lege ferenda*

Estamos llegando al final del recorrido que se planteó en este trabajo de investigación, y hemos tenido la oportunidad de apreciar el pasado y el presente del principio precautorio. Hemos visto cómo el principio precautorio ha tenido receptación tanto a nivel internacional como a nivel nacional, algunas reacciones de la jurisprudencia y las posibles implicancias de su vinculación con la responsabilidad civil. ¿Qué nos queda por delante? Pensar en el futuro y lo que nos depara.

Se presenta como dificultoso hacer un trabajo de futurología en vistas de que cuando se vaticina algo, normalmente, ocurre todo lo contrario. Sin embargo, nos animamos a pensar en que todo se proyecta hacia un puerto más luminoso que el actual, menos ominoso que el pasado.

La jurisprudencia de la CSJN ha ido demostrando una mayor aceptación del principio precautorio, como quedara explicitado en el caso “Salas” comentado precedentemente, y si bien ha habido algún que otro contratiempo, el porvenir no se muestra ya tan aciago.

Las leyes están, los casos se han ido presentando ante la justicia. Falta la concientización de todos los involucrados. Ahora sólo resta esperar y ver.

14. Conclusiones

Empezamos el recorrido de este trabajo de investigación planteando como principal interrogante qué era el principio precautorio. No era

ésta una incógnita baladí desde que aún se encuentra vigente en el ámbito internacional el debate acerca de su conceptualización y naturaleza jurídica: si es, como afirmamos nosotros, un principio y todo lo que ello implica, o –como sostienen otros– un enfoque o criterio, sólo simples pautas hermenéuticas. No es una discusión desprovista de interés práctico, ya que el situarse de un lado o de otro será lo que defina la aplicación efectiva en la realidad de los valores que *lo precautorio* defiende.

El siglo XX nos demostró que los avances científicos se desarrollaban a una velocidad vertiginosa y sin punto de comparación con siglos anteriores. Así como nos volvimos impermeables a los cambios y a la evolución, perdiendo la capacidad de sorpresa y asombro ante lo nuevo, volviéndose cotidiano lo otrora extraordinario, el mundo también fue testigo de algunas de las mayores atrocidades de la historia universal²² (tanto por acción como por omisión del hombre).

Si el siglo pasado fue una muestra de lo que deparaba el futuro, el siglo XXI, sin lugar a dudas, ha vuelto a levantar la apuesta. El sociólogo alemán Ulrich Beck acuñó el término de *la sociedad del riesgo*²³ tras Chernobyl, pretendiendo así describir el inicio de una nueva etapa en la que los peligros para el hombre y su entorno se encontraban a la orden del día²⁴. Parecería que el paso del tiempo desafía a las ideas y a sus autores, haciendo que hoy no sea erróneo hablar más que de la sociedad del riesgo de *la sociedad del megarriesgo*: riesgos no sólo a nivel local, sino también a nivel global, de escalas antes impensadas.

Ante este nuevo paradigma, el principio precautorio se ubica como una posible respuesta. Es por ello que no resultaría estéril que se definiera de forma oficial la naturaleza de esta figura, siendo que eso repercutiría en su potencial ubicación como fuente de Derecho Inter-

²² Huelga recordar, por sólo citar algunos, los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki, la explosión del reactor nuclear de Chernobyl, las problemáticas referidas a la clonación, la minería a cielo abierto y el envenenamiento del agua (como en enero del año 2000 en Rumania).

²³ BECK, U., “Sociedad del riesgo: hacia una nueva Modernidad”, Suhrkamp Verlag, Berlín, 1986.

²⁴ Íd.

nacional Público²⁵. Cabe recordar que nos enrolamos junto a aquellos doctrinarios que reivindican el hecho de que los principios no necesariamente deban ser definidos de forma estricta, y que esto no hace que por falta de conceptualización pueda argumentarse una falta de contenido, un principio vacío como un envoltorio sin nada dentro. Sino, más bien, que eso hace que nos encontremos frente a un instituto que permita una mayor libertad al momento de su utilización, teniendo siempre como faros a la justicia y a la equidad.

Por otra parte, amén de su mención en diversos documentos de carácter internacional (algunos ratificados por la Argentina), el principio precautorio ha sido receptado a nivel local por diversos ordenamientos jurídicos nacionales. América Latina, en su conjunto, resulta ser uno de los grupos cuyos integrantes demuestran mayor adhesión, pero es importante destacar el caso de Francia, que lo ha incluido en su Constitución.

Yendo de lo general a lo particular, es el turno de hablar de nuestro país, que también se ha subido al vagón y le ha dado un tratamiento especial en su legislación interna. Tras la reforma constitucional de 1994 se le otorgó jerarquía constitucional merced a la incorporación del artículo 41 a nuestra Carta Magna, dándole un nuevo tinte y *approach* al Derecho argentino: un Derecho preocupado por el futuro, por sus ciudadanos. Un Derecho precautorio. Asimismo, la sanción de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente) y la inclusión del principio precautorio en su artículo 4º demuestra claramente que no se pretende que quede lo propuesto en el campo de las declaraciones, sino que se proyecte en hechos.

Esta incursión del Derecho argentino en el principio precautorio, tanto de los convencionales constituyentes como de los legisladores, tiene efectos en todo el ordenamiento jurídico nacional, cuestión que hicimos notar al proponer como temática del trabajo la vinculación entre el principio precautorio y la responsabilidad civil. El principio precautorio se convierte en un catalizador que tiene efectos en las comúnmente denominadas *disciplinas jurídicas clásicas*, en el Derecho de fondo y en el Derecho de forma, obligando así a reconsiderar el

²⁵ Íd.

También vale mencionar el art. 38 del Estatuto de la CIJ.

funcionamiento de institutos que se encontraban operando casi de la misma forma desde sus orígenes, figuras arraigadas en la mentalidad de la mayoría de los operadores jurídicos.

Con respecto al *nuevo Derecho de Daños*, sumada a las tres funciones clásicas (resarcitoria, sancionatoria y preventiva), se ubica ahora la precautoria. Aceptándose al principio precautorio como uno de los principios generales del Derecho que tiene como eje la adopción de medidas adecuadas para la prevención de riesgos potenciales incluso cuando no haya certeza científica de su acaecimiento, se transpola a otros ámbitos que no se refieren simplemente a lo ambiental. A su vez, se produce (procesalmente) la inversión del *onus probandi*, de la carga probatoria, provocando que sean aquellos que quieren realizar algo que podría resultar dañino los encargados de demostrar que no es ése el caso.

Puede apreciarse que el principio precautorio se encuentra recepcionado por nuestro ordenamiento jurídico, y eso deja en pie todavía otros interrogantes: ¿Tiene aplicación efectiva? ¿Cumple los fines que se propone? ¿Qué sucede en los hechos? Hemos visto que la jurisprudencia es errática y si bien en algunas oportunidades la CSJN ha dado respuesta a problemas concretos (como en el caso “Salas”), también ha dejado pasar otras en pos de intereses de difícil dilucidación.

No es un camino fácil el del cambio de un paradigma por otro, y la Argentina ha transitado por un lapso demasiado prolongado (el del Derecho de Daños), que viene a resarcir una vez provocado el daño, como si todo pudiese resolverse con el vil metal, sin pensar en el mañana.

A su vez, hay quienes argumentan que el principio precautorio obstruye la posibilidad del desarrollo, que la evolución científica tiene costos y produce daños para poder avanzar, como si la vida humana pudiera ubicarse en una balanza, como si pudiera ponderarse de idéntica forma que los costos en un estado contable.

La actualidad nos sumerge en un contexto distinto al de épocas anteriores, aunque resulte trillado mencionarlo, y los peligros son de magnitudes mayores que en cualquier otro momento. La globalización no se ha quedado en los libros de Marshall McLuhan, dejó de ser una idea, y trajo consigo todo lo bueno y todo lo malo. El principio pre-

cautorio quizá no sea la solución más eficiente ni eficaz, pero es la que parece más razonable a la luz de otras opciones más perniciosas para el hombre. Más vale prevenir que curar.

Bibliografía

- ALLIAUD, Alejandro Omar, “La obligación”, 1ª ed., formato CD-ROM, Rosario, Alejandro O. Alliaud Editor, 2011.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del Derecho Procesal. Tercera parte”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- ANDORNO, Roberto, “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, en Jurisprudencia Argentina 2003-III-962.
- BARBOZA, Julio, “Derecho Internacional Público”, 2ª ed., reimp. inalterada, Buenos Aires, Zavallá, 2004.
- BECK, Ulrich, “Sociedad del riesgo: hacia una nueva Modernidad”, Berlín, Suhrkamp Verlag, 1986.
- BUNGE, Mario, “La ciencia, su método y su filosofía”, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1988.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- CAFFERATTA, Néstor A., “Principios y efectividad del Derecho Ambiental”, Chile, 3ª Jornadas de Derecho Ambiental, octubre de 2006.
- CALAPRICE, Alice, “The New Quotable Einstein” (“El nuevo Einstein citable”), en entrevista de EINSTEIN, A. con WERNER, A., en Liberal Judaism 16, abril-mayo de 1949, trad. libre, EE. UU., Princeton University Press, 2005.
- CASAGRANDE NOGUEIRA, Ana Carolina, “Le principe de précaution: nouvel élément du contrôle de légalité” (“El principio precautorio: nuevo elemento de control de legalidad”), en Revue Française de Droit Administratif (Revista Francesa de Derecho Administrativo), vol. 15 (núm. 4), París, julio-agosto de 1999.
- GARZA MERCADO, Ario, “Manual de técnicas de investigación para estudiantes de ciencias sociales”, México, Colegio de México, 2007.
- GHERSI, Carlos A., “Tratado de daños reparables”, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I.
- HERNÁNDEZ, Carlos A. y ANDRADA, Alejandro D., “Soja, principio precautorio y agroquímicos”, en Revista de Derecho de Daños (núm. 2011-1), Daño Ambiental, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Determinación de la filiación del clonado”, en Jurisprudencia Argentina 2001-IV, fasc. 12.
- “El principio de precaución en un documento de la Unesco”, Capital Federal, Ponencia presentada en el I Programa de Capacitación Jurídica Ambiental para jueces de Cortes Supremas y demás Tribunales de Justicia de Argentina, junio de 2005.
- KUHN, Thomas S., “La estructura de las revoluciones científicas”, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “El paradigma ambiental”, en AA. VV., *Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la sustentabilidad*, Salta, Universidad Católica de Salta, 2007.
- “Tratado de los contratos”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, ts. I, II y III.
- MARTÍNEZ, María Paulina y GARCÍA REY, María Cristina, “Protección ambiental: el principio precautorio. La tutela jurídica del medio ambiente”, 1ª ed., Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2008, Colección Cuadernos de Época, Serie Medio Ambiente.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, “Daño ambiental”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, ts. I y II.
- NICOLAU, Noemí Lidia y otros, “Fundamentos de Derecho Contractual”, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I.
- NOVELLI, Mariano H. y TABARES, Julieta C., “El principio precautorio como principio general del Derecho”, Tucumán, Ponencia para las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011; <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/>.
- PRIOTTI, Anahí y otros, “Temas de Derecho Internacional Público”, 1ª ed., Rosario, Zeus, 2011.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional”, en La Ley del 18-3-96.
- RIESCO, Vladimir, “Presencia y eficacia de los principios y precautorio en el SEIA chileno”, Chile, 3ª Jornadas de Derecho Ambiental, octubre de 2006.
- SUNSTEIN, Cass R., “Laws of fear: beyond the precautionary principle” (“Las leyes del miedo: más allá del principio precautorio”), trad. libre, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN CAMPO DE TENSIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO CIVIL

por JAVIER HUMBERTO FACCO*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La cuestión de la debilidad jurídica. 3. Los modelos sociohistóricos en el abordaje de la discapacidad. 4. Noción legal de “discapacidad” en el Código Civil y Comercial. 5. Derechos de las personas con discapacidad en la Convención ratificada por la ley 26.378. 6. El enfoque propiciado por la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849). 7. “Apoyos” y “sistemas de apoyo”. 8. Modalidades de “apoyo” en el Código Civil y Comercial. 9. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen

El objetivo del presente trabajo es discurrir por las aristas más relevantes que suscita la cuestión de la “debilidad jurídica” desde la perspectiva de la Parte general del Derecho Civil y en el obligado diálogo que esta disciplina debe mantener con el Sistema Internacional de Derechos Humanos. En primer término, se postula el diseño de una tipología general lo suficientemente dúctil para captar las notas definitorias del fenómeno de la vulnerabilidad jurídica, sin soslayar

* Abogado (1997), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario (Argentina). *Master* (2006) y *Dottore di Ricerca* (2011) en Sistema Giuridico Romanistico e Unificazione del Diritto, por la Università degli Studi di Roma II “Tor Vergata” (Italia). *Magister* en Derecho Privado (2008) y doctor en Derecho (2013) por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Profesor titular ordinario de las asignaturas “Derecho Civil I” y “Derecho Privado. Parte general” en la Facultad de Derecho, UNR.

las especificidades de sus variadas expresiones. A partir de este umbral, luego se delimita con precisión el ámbito de la investigación, comenzando por un repaso de los diversos modelos sociohistóricos que se han ensayado en el abordaje de la discapacidad, dando cuenta de sus principales características y de las perspectivas que los orientan. El Código Civil y Comercial incorpora algunas conceptualizaciones legales de “discapacidad”, las cuales son examinadas y de ahí es posible colegir el o los modelos de abordaje subyacentes a tales definiciones. En el segundo tramo del trabajo, se analiza la perspectiva de protección que entrañan los dispositivos normativos fundamentales que han sido sancionados para regular la materia, a saber: la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ley 23.849) y el Código Civil y Comercial argentino (ley 26.994). En estos apartados finales cabe advertir cómo la reflexión gira en torno a los “apoyos” y “sistemas de apoyo”; las modalidades tuitivas más novedosas que incorpora nuestro ordenamiento jurídico y cuyos antecedentes en el Derecho Internacional y Comparado pueden aportar coordenadas útiles para su correcta comprensión y aplicación.

Abstract

The aim of this paper is passing for the most relevant aspects relative to the question of “legal fragility” from the perspective of the general Part of Civil Law in the necessary dialogue that discipline must be maintained with the International Human Rights System. At first time, a general and flexible typology enough is designed to capture the defining features of the phenomenon of legal vulnerability, without ignoring the specificities of its various expressions. From this threshold, then is delimited the precise scope of research, starting with a review of the various socio-historical models that have been tested in addressing disability, realizing its main characteristics and prospects. The Commercial and Civil Code includes some legal conceptualizations of “disability”, which are examined for infer the underlying models. In the second stage, are analyzed the main devices that have been sanctioned to regulate the issue: the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Law 26.378), the Convention on the Rights of

the Child (Law 23.849) and the Argentine Civil and Commercial Code (Law 26.994). In these final sections it should be noted how reflection revolves around the newest modalities in our legal system: “support” and “support systems”; whose antecedents in International and Comparative Law may provide useful coordinates for their correct understanding and application.

Palabras clave

Debilidad jurídica. Personas con discapacidad. Sistemas de apoyo.

Keywords

Legal fragility. Persons with disabilities. Support Systems.

1. Introducción¹

Hace ya un buen tiempo que la doctrina nacional es conteste en reconocer que la *dignidad* de la persona humana representa el valor central del Derecho Civil. En todo caso, cabe advertir que la noción de “persona”, con las ideas de igualdad y libertad a ella asociadas por influjo de la Revolución francesa, se receptó en los códigos decimonónicos como el producto —si se nos permite, el neologismo— de una *abstracción universalizante*² poco idónea para dar cuenta de las dife-

¹ El presente trabajo es un resultado parcial del Proyecto de Investigación titulado “Estrategias tutelares de la vulnerabilidad jurídica desde la Parte general del Derecho Civil”, acreditado bajo el código DER191 (años 2016-2017), en la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Rosario.

² Cfr. BAUMAN, Z., “La globalización. Consecuencias humanas”, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, ps. 80-81: “...la idea de ‘universalización’ transmitía la esperanza, la intención y la resolución de crear el orden [...] en una escala universal, verdaderamente global [...] Por eso mismo declaraba su intención de crear condiciones de vida similares para todos, en todas partes; de dar a todos las mismas oportunidades, y tal vez incluso crear la igualdad”. La crítica al principio formal de igualdad como ideal de un modelo humano abstracto, que incide en la elaboración de los conceptos de “capacidad jurídica” y “persona”, es señalada por TOBÍAS, J. W., comentario al art. 22 del CCyC, en ALTERINI, J. H. (dir. general) y ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 184-186.

rencias reales existentes entre los individuos³. En efecto, la experiencia cotidiana ofrece suficientes y continuas muestras de que *en la práctica* no somos todos iguales ni gozamos del mismo espacio de libertad para hacer valer nuestros derechos.

Es por ello que se requiere una aproximación más realista de la problemática. La noción de persona ha de circunstanciarse de modo tal que sean computadas las condiciones efectivas en que tramita la existencia de cada ser humano, prestándose especial atención a las necesidades concretas (espirituales y materiales) del “sujeto situado” y, en particular, de aquellos más postergados⁴. Sólo así puede evitarse la reducción del Derecho a una expresión normativa puramente formal desconectada de la realidad social que le incumbe regir⁵.

³ La concepción de los derechos fundamentales de la segunda posguerra plasmada en la Declaración Universal de 1948 respondió a un sustrato histórico sustancialmente diferente del que motivó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fruto ilustrado de las Revoluciones francesa y norteamericana de fines del siglo XVIII. A propósito *vid.* MAZZARESE, T., “El derecho a ser diversos en las sociedades multiculturales”, en DOUGLAS PRICE, J. E. y DUQUELSKY, D. (coords.), *Ponencias XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social: multiculturalismo, interculturalidad y Derecho*, Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 5, para quien esta nueva concepción obedeció a “una manifiesta preocupación por la afirmación y la tutela del derecho a ser diversos”. La autora añade que el catálogo de derechos de la Declaración Universal de 1948 “no fue diseñado bajo el patrón cultural occidental, patrón de una suerte de neocolonialismo ético-cultural, sino por el generalizado horror e indignación por los millones de seres humanos que antes y durante el conflicto fueron hostigados y muertos a causa de su raza, religión, opinión política u orientación sexual. En otras palabras, la concepción de los derechos fundamentales fue determinada no por la pretensión de una improbable asimilación de todos al mismo sistema de valores sino, por el contrario, desde la firme determinación de que nunca en el futuro los seres humanos deberían ser víctimas de discriminación por sus diferencias particulares”.

⁴ En análogo sentido se pronuncia KRASNOW, A. N., “La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paternofiliales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 20, UNR, 2012, p. 336: “En la actualidad es una exigencia ampliar los contornos de la centralidad de la persona a la centralidad de los débiles jurídicos cuando su debilidad es manifiesta”.

⁵ Una concisa y aguda objeción al mito del “sujeto único del Derecho Privado” y de la “igualdad ante la ley” puede verse en DE LORENZO, M. F., “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado”, en ALTERINI, A. A. y NI-

Es oportuno recordar que el principio *pro homine* informa la totalidad del Sistema Internacional de Derechos Humanos. A su vez, en virtud del proceso de constitucionalización del Derecho Privado dicho principio impacta en el corazón mismo del nivel elemental de legalidad cuyo objeto es reglamentar la vida del hombre en sociedad. El diálogo entre Constitución Nacional y Código Civil tuvo su alborada con la reforma constitucional del año 1994. A partir de entonces se incluyó en la Carta Magna un capítulo especial dedicado a los “nuevos derechos y garantías”: derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para un desarrollo humano sostenible (art. 41, CN), derechos a la salud, seguridad e información de consumidores y usuarios (art. 42, CN), sólo por citar los más relevantes en el orden *iusprivatista*. A este reconocimiento se añade un nutrido número de convenciones internacionales en materia de derechos humanos que integran el denominado “bloque de constitucionalidad”.

En esta ocasión abordaremos la problemática que entraña la integración en la *vida civil* de las personas con discapacidad. Se analizarán, en consecuencia, algunos dispositivos legales (nacionales e internacionales) que prevén mecanismos de tutela para esta categoría de personas. En apartados preliminares se consignan breves consideraciones generales sobre los débiles jurídicos y la necesidad de brindarles una protección adecuada en tanto impronta característica –a nuestro juicio– del Derecho Civil actual. El trabajo se concluye con un examen de los “sistemas de apoyo” que incorpora el Código Civil y Comercial (CCyC), mediante un esfuerzo hermenéutico que procure conciliar sus soluciones con el antecedente plasmado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378).

Antes de comenzar el análisis se impone una aclaración. La discapacidad es un fenómeno multiforme y dotado de un gran dinamismo, pues admite una amplia diversidad de expresiones que incluso van mudando con el paso del tiempo. Ergo, no es factible un abordaje simple o una tutela homogénea para personas que presentan formas y grados altamente variables de discapacidad. De ahí que la presente

COLAU, N. L. (dirs.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 69-70.

contribución no sea más que un primer ejercicio de exploración (crítico-descriptiva) de la problemática, desprovisto de pretensiones exhaustivas frente al polimórfico e inagotable universo de la discapacidad.

2. La cuestión de la debilidad jurídica

En los últimos años se viene reflexionando sobre el diseño de una categoría analítica muy útil para perfeccionar la articulación entre el Sistema Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Civil. Se trata de la categoría de la “debilidad jurídica”. Conceptualmente esta categoría involucra a toda persona que en razón de ciertas circunstancias individuales (edad, estado de salud, etnia, posición económica, social o cultural, u otras) vivencia una carencia que la emplaza en una situación de vulnerabilidad, en virtud de la cual queda expuesta al avasallamiento de sus derechos fundamentales (o ve seriamente dificultadas las posibilidades de su ejercicio efectivo) en sus relaciones con los demás y/o ante los poderes públicos. Es una noción que presupone alteridad y se define por contraste, pues frente al sujeto débil (en el extremo opuesto de la relación intersubjetiva) siempre hay un *otro* que ostenta el carácter de sujeto fuerte o poderoso⁶.

A partir de una noción amplia como la propuesta pensamos que se puede trabajar en la construcción de una tipología general de la debilidad o vulnerabilidad jurídica y bosquejar algunos lineamientos generales que puedan servir para un estudio sistemático de la problemática. En todo caso, como hemos anticipado, no estamos frente a un fenómeno unívoco, toda vez que la condición de debilidad reconoce orígenes, grados de intensidad y manifestaciones variables. Por lo tanto, ciertos deslindes conceptuales resultan indispensables.

En relación con los orígenes es dable distinguir entre debilidad coyuntural y debilidad estructural. La primera se configura cuando una persona, en ocasión de otorgar un negocio jurídico o de promover una actuación ante un organismo público o entidad privada, se ve

⁶ Nótese que ya en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985) hubo un interesante gesto de parte de nuestra doctrina al tomar razón del dato que arroja la realidad social y sostener que el *favor debilis* debía reemplazar al viejo *favor debitoris*, recomendándose además su inclusión en el Código Civil.

colocada en una posición asimétrica con relación al otro polo de la relación (aquí se incluye a los consumidores de bienes o usuarios de servicios, obreros, personal en relación de dependencia, inquilinos, administrados, etc.). Se trata de una posición relativa de aminoramiento que el sujeto tiene con respecto a su contraparte. En cambio, la segunda especie de debilidad es de índole estructural y se verifica siempre que una persona se encuentre expuesta *de manera permanente* a situaciones de desventaja en razón de indicadores inherentes a su propia condición individual (discapacidad, etnia, extranjería, niñez, vejez, etc.) valorados en un contexto sociocultural determinado.

Hay una ulterior distinción teórica que merece ahondarse, con implicaciones muy concretas en orden a los mecanismos de protección aplicables. En atención a los grados de intensidad que puede presentar la debilidad jurídica se destaca la “debilidad acumulativa o convergente”, que en ocasiones extremas puede llegar a configurar situaciones de “hiperdebilidad”. Éste es un tipo radical que se constata cuando confluyen en una misma persona diversos factores determinantes de su fragilidad, la cual por lógica consecuencia se agudiza (piénsese en el caso de una persona discapacitada que carece de recursos económicos, y todavía más si es analfabeta). En estos supuestos y en especial cuando converge más de un factor de debilidad estructural la protección ha de ser integral en la máxima medida posible y reclama un rol decididamente activo del Estado en todos sus niveles y estamentos.

Doctrina, jurisprudencia y legislación en su andar evolutivo han contribuido a lograr la consagración de diversos dispositivos típicos de tutela civil con el objetivo de paliar la vulnerabilidad: macroprincipio de la buena fe, prohibición del abuso del derecho, vicios de la voluntad, lesión, factor equidad, control de cláusulas abusivas, derecho a la información, etcétera. Sin perjuicio de la innegable utilidad de estos mecanismos, urge resignificar la función del Derecho Civil y diseñar nuevas estrategias tutelares más eficaces a la luz de los derechos fundamentales comprometidos. Nos mueve la convicción de que el Derecho Civil, en una renovada faz humanista, puede ser la plataforma propicia para llevar a cabo esta tarea: su carácter informador con respecto a las demás parcelas del mundo jurídico y la mirada sistémica que ofrece su Parte general corroboran esta perspectiva.

3. Los modelos sociohistóricos en el abordaje de la discapacidad

A lo largo de la historia se han ensayado diversas perspectivas teóricas acerca de la inclusión (o exclusión) de las personas con discapacidad en el tejido comunitario. A este respecto pueden identificarse tres modelos principales⁷:

- A) El *modelo de la prescindencia*: tuvo sus orígenes en la Antigüedad y en la Edad Media en Occidente, aunque siguió operando hasta bien entrada la Modernidad. Las personas con discapacidad (en adelante: PCD) eran percibidas como una pesada carga familiar y social. La autoridad les dispensaba un tratamiento consistente en prácticas eugenésicas y se las consideraba como seres no merecedores de la vida, ya que por su deficiencia no estaban en condiciones de aportar nada valioso a la comunidad. La exclusión social, el confinamiento o internamiento y en algunas ocasiones directamente su supresión física eran las respuestas frente al carácter improductivo y negativo con el que eran reputadas⁸.
- B) El *modelo médico-rehabilitador*: surge con el desarrollo de la psiquiatría científica en el siglo XIX, y aún hoy continúa siendo el paradigma hegemónico. Se funda en el entendimiento de que la discapacidad obedece a causas individuales y médicas; por consiguiente, toda PCD debe ser rehabilitada de modo que pueda

⁷ Para ampliar sobre el punto cfr. PALACIOS, A., “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Cinca-Cermi, Madrid, 2008, ps. 37-203.

⁸ Cfr. FOUCAULT, M., “Historia de la locura en la Época Clásica I”, trad. de J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, ps. 211-253, quien realiza un pormenorizado examen histórico-crítico en torno a la *práctica de la internación* aplicada a los “insensatos” (género que mezclaba todas las “formas o rostros de la sinrazón”: locos, lunáticos libertinos, profanadores, degenerados, pródigos, etc.), concebida en el siglo XVII como solución para subyugar la amenaza abstracta y universal de la sinrazón y la animalidad. La experiencia clásica de la locura entrañaba una valoración ética de la razón, a contraluz del mundo animal, límite absoluto de la razón encarnada y escándalo de la condición humana. Será recién en el siglo XIX cuando se hará del internamiento un *acto terapéutico* “destinado a curar a un enfermo” (p. 210).

ejercer normalmente su función en la sociedad. El enfoque de las PCD se reduce a las deficiencias y no a las posibilidades de la persona, exigiendo que sean ellas las que deben adaptarse al mundo y no a la inversa. La discapacidad es asumida como un incidente patológico aislado sin reparar en su conexión con una problemática social más amplia y compleja. Desde este modelo las políticas públicas sanitarias se limitan a brindar una respuesta asistencialista, donde no queda resquicio para el desarrollo y la autonomía personal.

Esta óptica asistencialista reproduce una visión sesgada y estigmatizadora de la discapacidad, abordándola como una enfermedad o problema de salud que puede curarse o como una inadaptación al ambiente que puede repararse para volver al estado de *normalidad* aceptable. El énfasis se pone en las dificultades y limitaciones que tiene el sujeto para el ejercicio de determinadas actividades; así se da pábulo a las prácticas discriminatorias, pues lo diferente se percibe como deficitario y/o potencialmente peligroso respecto del patrón social de normalidad establecido

- C) El *modelo social*: constituye el nuevo horizonte al que se aspira arribar, pero todavía se encuentra en vías de construcción. Según este escorzo, se estima que el tema de la discapacidad obedece a causas preponderantemente sociales, siendo en definitiva *algo construido* y no dado e inmodificable. Esta posición surge hacia fines de la década de los '60, a partir de las luchas protagonizadas por diferentes organizaciones sociales que bregaban por los derechos del colectivo. Desde la lógica de este modelo, las PCD son consideradas “plenos sujetos de derechos”, cuya aptitud legal no es puesta en tela de juicio, pero se prevén además dispositivos jurídicos para favorecer y apuntalar dicha aptitud.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada en Argentina por la ley 26.378 (B. O. del 9-6-2008) propugna este modelo, reconociéndoles a quienes sufren alguna discapacidad la condición de personas con capacidad plena. Y, para que semejante reconocimiento no quede sólo en la carta, impone a los Estados Partes la obligación de poner en

práctica acciones concretas que faciliten a las PCD el acceso al *apoyo* necesario para el efectivo ejercicio de su capacidad, así como medidas de salvaguardia que coadyuven al respeto de sus derechos y preferencias personales. En la misma línea se inscribe la ley 26.657 (B. O. del 3-12-2010), cuando en su artículo 3° define a la “salud mental” como una *construcción social dinámica* en la que se hallan implicados los derechos humanos de la persona y es la resultante de un complejo proceso multi-causal (determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos)⁹.

En este sentido, es indispensable fomentar e implementar políticas sociales que tiendan a fortalecer estrategias de sensibilización y capacitación acerca del rol que las *barreras sociales* desempeñan conspirando contra la participación plena y efectiva de las PCD en la comunidad. Este enfoque propone respuestas que sean válidas para la sociedad en su conjunto. En efecto, se trata de una construcción colectiva entre las personas con y sin discapacidad, pues el *entorno* constituye el factor decisivo para determinar el mayor o menor grado de participación de las personas en los espacios de la vida civil. El objetivo ya no es rehabilitar al sujeto para que encaje en el estándar de normalidad, sino la remoción de las *barreras* que impiden su integración en la sociedad. No se trata ya de igualar a las personas, sino de remediar injustas situaciones de desigualdad en las que ellas pueden encontrarse.

Este nuevo abordaje se asienta en la promoción de los derechos humanos, la igualdad de oportunidades y la no discriminación. En este marco, dignidad y autonomía personal constituyen los valores fundamentales que orientan la inteligencia de todo el sistema. En contraposición al modelo médico-rehabilitador, el

⁹ En línea con esta concepción autonomista que los reconoce como sujetos de derecho con plena capacidad, la ley 26.657 enuncia los derechos de las “personas con padecimiento mental”, entre los cuales cabe mencionar: una *atención sanitaria y social integral y humanizada*, la promoción de la *integración familiar, laboral y comunitaria*, y el derecho a *tomar decisiones* relacionadas con la atención y el tratamiento dentro de las posibilidades del asistido (art. 7°, incs. a, d, k, y l).

modelo social coloca a la discapacidad como una característica más dentro de la diversidad que existe entre los individuos (por cierto, merecedora de atención especial), y no como un limitante inexorable que define la vida de una persona condenándola a la incapacidad civil, a la discriminación y en las situaciones más extremas a la exclusión social. Es así que se postula “...la inclusión de la diferencia que implica la diversidad psicosocial, como una parte más de la realidad humana”¹⁰.

4. Noción legal de “discapacidad” en el Código Civil y Comercial

En el Código Civil y Comercial aparecen con cierta dispersión las normas relativas a la discapacidad. En primer lugar cabe citar el artículo 32, en cuanto define al sujeto que puede ser judicialmente declarado incapaz a los efectos civiles y, por lo tanto, pasible de ser representado por un curador. En este sentido, “incapaz” es aquella “...persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que [...] del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”, con el aditamento de que “...se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz...”

De lo expuesto se colige que deben concurrir cinco condiciones para la declaración judicial de incapacidad de una persona mayor de trece años: 1) que padezca una adicción o alteración mental¹¹; 2) que

¹⁰ Cfr. VALDÉS DÍAZ, C. del C., “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, en PÉREZ GALLARDO, L. B. (coord.), *Discapacidad y Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 14: “Desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas sobre la base de los derechos humanos”.

¹¹ La ley 26.657 acuña la expresión “personas que hacen uso problemático de drogas (legales o ilegales)” para referir a la problemática de las adicciones que exigen ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental (*vid.* art. 4º). Éste es el sentido estricto que debe atribuirse al término “adicción”, pues, como bien lo señala TOBÍAS, comentario al art. 32 del CCyC, en ALTERINI (dir. general) y

la misma sea permanente o prolongada y de suficiente gravedad; 3) que pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes; 4) que ello le imposibilite “absolutamente” interactuar con su entorno (es decir, integrarse adecuadamente al contexto familiar y social) y expresar su voluntad por algún medio idóneo, y 5) que el sistema de apoyos no sea eficaz¹². De reunirse las tres primeras condiciones pero no las dos últimas, el juez sólo podrá *restringir* la capacidad de la persona para *determinados actos*, siempre que así lo solicite alguno de los legitimados del artículo 33, CCyC, y se substancien los respectivos trámites procesales.

En todo caso, la cuestión queda a criterio del juez (asesorado, desde ya, por profesionales de diversas áreas y oída la persona involucrada)¹³, quien deberá sopesar todas las circunstancias para determinar si se reúnen los extremos de procedencia para la declaración de incapacidad y el nombramiento de un curador, o bien para la restricción de su capacidad y designación de uno o más apoyos. En este sentido, el criterio orientador en la materia siempre debe ser “...promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida” (art. 32, CCyC), además de “...facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos” (art. 43, CCyC). Ante la duda se presume la capacidad general de ejercicio de la persona humana, pues sus limitaciones tienen carácter excepcional, son de interpretación restrictiva y se imponen siempre en beneficio de la persona (art. 31, incs. a, b, y f, CCyC).

ALTERINI (coord.), op. cit., p. 272: “El tema es particularmente delicado si se tiene en cuenta la extensión desmesurada que se puede atribuir al término”, llegando a comprender “cualquier comportamiento o actividad insusceptible de ser controlada por la persona y que la conduce, por ello, a conductas compulsivas” (v. gr., adicción a las drogas, al alcohol, al tabaco, al juego, al trabajo, a la comida, a las nuevas tecnologías, a las compras, etc.). En este último registro más amplio del término “adicción” se inscribe la Ley 26.934 (B. O. del 29-5-2014) sobre “Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos” (vid. art. 2º).

¹² No basta con la configuración del presupuesto jurídico-biológico (determinado por las dos primeras condiciones mencionadas), sino que es preciso además la incidencia del mismo en la vida de relación de la persona. Cfr. TOBÍAS, en ALTERINI (dir. general) y ALTERINI (coord.), op. cit., p. 270.

¹³ Cfr. arts. 35, 36 y 37 del CCyC.

Ahora bien, si reparamos en la literalidad de la norma (art. 32, CCyC), se advierte que sólo hace referencia a una adicción o alteración *mental* y no menciona las discapacidades físicas, sensoriales o motrices. Es entonces que debemos preguntarnos si los sujetos con este tipo de impedimentos pueden ver restringida su capacidad por una sentencia judicial o, todavía más, si pueden ser declarados incapaces cuando su posibilidad de integración sociocultural es imposible. De nuestra parte entendemos que no existen razones para que una disfuncionalidad física, sensorial o motriz implique *per se* una merma de la capacidad civil del sujeto, en la medida que dicha discapacidad no esté acompañada de un déficit cognitivo que le dificulte o imposibilite al sujeto la comprensión intelectual de sus actos civiles y de las implicaciones jurídicas y económicas que ellos acarrearán.

Haciendo una recorrida más profunda por el texto del nuevo cuerpo legal encontramos una ulterior conceptualización de la “discapacidad” en la que sí están mentadas las alteraciones *físicas* (arts. 48 y 2448, CCyC). La primera de estas normas (art. 48) define la discapacidad en el marco de la reglamentación de la categoría de los *inhabilitados*, que resultan ser aquellos que “...por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o *con discapacidad* a la pérdida del patrimonio”. La otra disposición (art. 2448), ubicada en la parte del Código que legisla sobre la materia sucesoria, concierne a la institución de la “mejora estricta” (mejora de $\frac{1}{3}$ de la porción legítima a favor de ascendientes o descendientes *con discapacidad*)¹⁴. Al margen del contexto diverso en que cada una de las normas citadas se inserta, la definición de “discapacidad” que contienen es idéntica: “...se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, *física o mental*, que en relación a su edad y

¹⁴ Un documentado estudio de la cuestión, con el eje puesto en el Derecho Civil cubano pero enriquecido con referencias comparativas al Derecho iberoamericano, puede consultarse en PÉREZ GALLARDO, L. B., “Legítima y discapacidad: una relectura de los requisitos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en PÉREZ GALLARDO (coord.), “Discapacidad...” cit., ps. 217-246.

medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

De lo expuesto podemos inferir lo siguiente: (a) Cuando la cuestión consiste en determinar la aptitud a los sujetos para los actos jurídicos civiles típicos se tiene en consideración la eventual afectación a la facultad del discernimiento, es decir, la capacidad intelectual para comprender los alcances del acto; y, en este marco, el tipo de discapacidad que se considera es la de orden mental, psicológico o cognitivo¹⁵; (b) en cambio, cuando el objeto estriba en reconocer a las personas con discapacidad como beneficiarios de derechos, prerrogativas o ventajas (protección del patrimonio familiar en la inhabilitación o derecho a la mejora estricta) la discapacidad que se tiene en cuenta es tanto la mental como la física.

Más allá de la particular captación de la discapacidad que hace el Código Civil y Comercial (y que se concentra sustancialmente en la cuestión *iuspatrimonial*), el fenómeno es mucho más vasto y complejo. En efecto, el tema sugiere perfiles dignos de análisis vinculados a los derechos fundamentales de la persona tutelados por convenciones internacionales de rango constitucional. Los dos acápites subsiguientes conciernen a este último aspecto.

¹⁵ Analicemos la cuestión en los tres actos jurídicos civiles arquetípicos: matrimonio, testamento y contrato: 1) Uno de los impedimentos matrimoniales dirimientes es “la falta permanente o transitoria de *salud mental* que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial” (art. 403, inc. g, CCyC). Y, al habilitarse la *dispensa judicial* para este caso, se requiere “...dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada”. Se exige, además, entrevista personal del juez con los futuros contrayentes, y, si lo considera pertinente, con los *apoyos* o representantes legales (art. 405, CCyC). 2) Los testamentos no pueden ser otorgados por personas judicialmente declaradas incapaces, salvo en intervalos lúcidos (art. 2467, inc. d, CCyC); tampoco cuando el testador padece *limitaciones en su aptitud para comunicar* en forma oral y no sabe leer o escribir, excepto que lo haga por escritura pública con la participación (léase *apoyo*) de un intérprete (art. 2467, inc. e, CCyC). 3) Las normas especiales sobre capacidad de ejercicio para contratar que contenía el anterior Código Civil han sido eliminadas en el nuevo texto legal; ergo, se aplica el criterio general fijado por el art. 32, CCyC, con la especial consideración (*pro validez*) que merecen los “pequeños contratos” y “actos de la vida cotidiana”.

5. Derechos de las personas con discapacidad en la Convención ratificada por la ley 26.378

Esta Convención y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución A/RES/61/106 del 13 de diciembre de 1966. Sin embargo, hubo que esperar hasta marzo de 2007 para que la suscribieran representantes de más de ochenta Estados Miembros. Mediante la ley 26.378 (B. O. del 9-6-2008) la Convención es ratificada por el Congreso de la Nación Argentina y así se incorpora al ordenamiento interno. Años más tarde, la ley 27.044 (B. O. del 22-12-2014) le confiere jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22, CN.

Como hemos visto, en esta Convención se consagran los principios del modelo social y el abordaje de la discapacidad se hace desde una dimensión más amplia cuyo *telos* es la autoafirmación de las PCD concebidas como sujetos con plena personalidad para la vida civil, pero en un contexto sociocultural no siempre favorable para que esto sea posible¹⁶. En su Preámbulo anuncia: “...la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás...” El objetivo general de la Convención –según reza el artículo 1º– es “...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Las PCD son definidas como “...aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1º). Es un dato revelador que la discapacidad ya no se define por la constatación de *deficiencias* individuales en forma aislada, sino por la correlación de tales

¹⁶ Para un análisis minucioso de la Convención remitimos a PALACIOS, A. y BARRIFFI, F., “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Cerami-Cinca, Madrid, 2007, *passim*.

deficiencias con las *barreras* que obstaculizan la plena participación de la persona en la vida comunitaria en igualdad de posibilidades con los demás. Ergo, el acento está puesto en la idea de *barrera* antes que en la noción de *deficiencia*, o, para decirlo con mayor precisión técnica, en la mutua imbricación existente entre ambas nociones.

En situaciones de discapacidad hay dos *derechos básicos* que exigen ser garantizados: “movilidad-accesibilidad” (art. 20)¹⁷ y “comunicación-comprensión-acceso a la información” (art. 21)¹⁸. Estas dos macrocategorías hallan su correlato en las personas que padecen alteraciones físicas y mentales, respectivamente. Ambas clases reconocen como eje común los *derechos de nivel superior* a la no discriminación¹⁹ (arts. 2º y 5º) y a vivir en forma independiente y ser incluido en la comunidad (art. 9º). A su vez, la Convención enuncia una cohorte de otros derechos cuya observancia resulta necesaria para que el goce de los demás derechos de nivel superior pueda ser pleno, a saber: educación (art. 24), salud (art. 25), trabajo y empleo (art. 27), nivel de vida adecuado y protección social (art. 28), integración en la vida política y pública (art. 29), participación en la vida cultural, esparcimiento y deporte (art. 30).

6. El enfoque propiciado por la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849)

A partir de la publicación oficial de la ley 23.849, ocurrida el 22

¹⁷ Una aguda meditación en clave filosófica sobre la “movilidad” puede verse en BAUMAN, op. cit., p. 8, quien apunta: “La movilidad asciende al primer lugar entre los valores codiciados; la libertad de movimientos, una mercancía siempre escasa y distribuida de manera desigual, se convierte rápidamente en el factor de estratificación en nuestra época moderna tardía o posmoderna”.

¹⁸ En este sentido, la ley 26.657 en su art. 10 establece que “Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”.

¹⁹ “Art. 2º – *Definiciones* [...] Por ‘discriminación por motivos de discapacidad’ se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables...”

de octubre de 1990, la Convención sobre los Derechos del Niño pasó a formar parte de nuestro Derecho interno; luego, en virtud de la reforma constitucional de 1994, la misma se elevó a categoría de norma con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Una de las características de este instrumento es que adopta una terminología diversa a la acuñada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La figura que contempla en su artículo 23 es la del “niño impedido” (donde el impedimento puede ser tanto físico como mental) o la del niño que amerita “cuidados especiales”. Así, mediante estas fórmulas elípticas se alude al niño discapacitado²⁰. Se trata de un caso que encuadraría en la categoría de la llamada “debilidad convergente”, en tanto se configura a partir de la confluencia de dos factores determinantes: el *factum* de ser niño y el de presentar algún tipo de discapacidad²¹.

La condición de vulnerabilidad del niño con discapacidad intenta ser paliada mediante un sistema de tutela cuyas líneas rectoras están trazadas en el mismo artículo 23 de la Convención. En cuatro incisos esta norma aborda cuatro aspectos esenciales: A) necesidad de otorgarle cuidados asistenciales especiales al niño impedido; B) gratuidad de la

²⁰ Recuérdese que, a los efectos de la Convención, se entiende por *niño* “...todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art. 1º). En el Código Civil y Comercial (art. 25) las categorías etarias son las del *menor de edad* (la persona que no ha cumplido dieciocho años) y del *adolescente* (el menor de edad que no cumplió trece años).

²¹ Apartándose de la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 (B. O. del 26-10-2005), reglamentada por decreto 415/2006, sobre “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, no hace mención expresa al niño impedido o con discapacidad. No obstante, se alude a esta situación de debilidad al sentar el principio de igualdad y no discriminación y mencionar a las “capacidades especiales” entre los motivos de segregación que no se pueden cohonestar (art. 28). Por lo demás, entre otras disposiciones atinentes a la cuestión, se puede citar la que consagra el derecho a la salud, en cuyo ámbito se impone a los organismos del Estado garantizar “...Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración...” (art. 14). Asimismo, puede incluirse en el marco tuitivo de las personas con discapacidad, si bien elidida lexicalmente la cuestión, el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y atendidos, “...cualquiera sea la forma en que se manifiesten...” (art. 2º).

asistencia; C) finalidad de la asistencia, y D) atención sanitaria preventiva y rehabilitación para la integración en la sociedad del modo más pleno posible. Analizaremos con mayor detenimiento cada uno de estos ítems:

- A) En primer lugar, la Convención destaca la obligación de los Estados Partes de brindar y asegurar *cuidados especiales* al niño impedido, y que los mismos sean adecuados a las condiciones requeridas en particular por cada niño y a las circunstancias de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado (inc. 2º). Entre tales circunstancias relevantes entendemos que habrán de considerarse los recursos económicos del grupo familiar del niño, su nivel educacional, el grado de inserción sociocultural, las características materiales de la habitación o vivienda, etcétera.
- B) La asistencia del niño impedido ha de ser gratuita, aunque la Convención aclara “...siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño...” (inc. 3º). En efecto, la gratuidad de las prestaciones asistenciales debe ser ponderada en atención a las circunstancias particulares de cada caso, pero cobrando inexcusable obligatoriedad –a nuestro parecer– en los supuestos de vulnerabilidad de alta intensidad o más aún de hiperdebilidad (repárese, por ejemplo, en el dramático cuadro de un niño con padecimientos mentales y/o grave discapacidad física, cuyos progenitores además se encuentran en situación de pobreza extrema o indigencia).
- C) En cuanto a la finalidad de la asistencia, el mismo inciso 3º antes referido dispone que la misma “...estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento...” El esquema supone una relación de medios-fines: la asistencia es el medio para lograr un armónico desarrollo de la personalidad del niño, que procure una satisfacción equilibrada de las necesidades educativas (incluida la formación profesional), sanitarias y recreativas. A su vez, estas finalidades constituyen el medio para una finalidad aún superior: la integración sociocultural del niño y el despliegue de su in-

dividualidad “...en la máxima medida posible” (inc. cit., *in fine*). En definitiva, el objetivo último de la asistencia del niño impedido consiste en asegurarle su dignidad, la cual se expresa en la posibilidad de desplegar su autonomía (dentro de lo que sea practicable en cada caso). El objetivo ideal es siempre que el niño llegue “...a bastarse a sí mismo...” y tenga una “...participación activa [...] en la comunidad” (inc. 1º).

- D) A propósito del último apartado parecen pervivir algunos elementos del modelo rehabilitador aun en el marco del anhelado modelo social. Así, observamos que la Convención postula la cooperación internacional y el intercambio de información entre los Estados Partes en materia de “...atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos...” y sobre los “...métodos de rehabilitación...” (inc. 4º). A tenor de estos enunciados se desprende que la finalidad *terapéutico-rehabilitadora* no ha sido del todo abandonada como impronta de las políticas públicas en materia de discapacidad (en idéntica línea se inscribe el art. 24 de la Convención al hablar expresamente de la “rehabilitación de la salud” como uno de los derechos del niño).

7. “Apoyos” y “sistemas de apoyo”

En la Parte general de nuestro Derecho Privado codificado aparece una herramienta novedosa que requiere ser examinada con suma atención: los apoyos, sistemas y/o redes de apoyo²². El antecedente inmediato de esta figura puede encontrarse en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyos rasgos generales ya han sido referenciados²³. Sin embargo, es importante des-

²² En la semántica corriente, el vocablo “apoyo” arroja como acepción primordial “Lo que sirve para sostener, como el puntal respecto de una pared, y el bastón respecto de una persona”; uno de sus sentidos derivados es “Protección, auxilio o favor”. Por su parte, el verbo transitivo “apoyar” significa “Hacer que una cosa descansa sobre otra”; y, figurativamente, “favorecer, patrocinar, ayudar”. Cfr. Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, 21ª ed., Madrid, 1992, p. 172 (*ad vocem*).

²³ Nótese que, incluso antes de aprobarse la Convención, el Código Civil italiano

tacar que en la Convención (a diferencia del criterio adoptado por el CCyC) se califica a las PCD como “sujetos capaces” y con “igual reconocimiento como personas ante la ley”²⁴. A tal punto se les atribuye plena capacidad jurídica (de goce y de ejercicio) que la misma Convención consigna algunos conspicuos derechos de corte netamente patrimonial que les son reconocidos, a saber: a) ser propietarias y heredar bienes; b) controlar sus propios asuntos económicos; c) tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y d) no ser privadas de sus bienes de manera arbitraria (art. 12, ap. 5).

Dicho esto, puede señalarse una diferencia bien marcada entre las modalidades de protección que implican la representación y los apoyos. El representante es quien actúa *en lugar de* otro (el representado). El apoyo, por el contrario, no sustituye a otra persona colocándose en su lugar para relacionarse jurídicamente con un tercero; el apoyo actúa *al lado de* quien necesita su ayuda, patrocinio o consejo (el asistido), para que éste pueda decidir *por sí* qué es lo mejor. El sistema de apoyos presupone un sujeto moral autónomo, que sólo precisa de un

reformado por la Ley N° 6 del 9-6-2004 incorporó la figura de la *amministrazione di sostegno* entre sus arts. 404-413 (dentro del Título XII del Libro I, *Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*). Se trata de un cargo discernido por el juez tutelar para las personas que por razones de enfermedad o merma psíquica o física se encuentran imposibilitadas de proveer a sus propios intereses (art. 404). En el desempeño de sus funciones el “gestor del apoyo” (tal sería la traducción más indicada), análogamente a nuestro “apoyo”, debe tener en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario-asistido, quien conserva capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria de aquél (arts. 409-410).

²⁴ “Art. 12 – *Igual reconocimiento como persona ante la ley*. 1° Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2° Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3° Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al *apoyo* que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica...” Para un examen detallado de esta norma cfr. QUINN, G., “Personalidad y capacidad jurídica: perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD”, en PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (coords.), *Capacidad jurídica. Discapacidad y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, ps. 31 y ss.

auxilio, sostén o acompañamiento adecuado para la mejor toma de decisiones y el efectivo ejercicio de los derechos. El objetivo es que el sujeto asistido tenga las mismas posibilidades de desarrollo individual y social que el resto de las personas en el seno de la comunidad²⁵.

La instrumentación del apoyo tiene un correlato en la noción –acuñada por la propia Convención– de *salvaguardia*, con vistas a que el discapacitado pueda ejercer sus derechos de modo que: a) se impidan los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos; b) se asegure el respeto de la voluntad y preferencias de la persona, y que no haya conflictos ni influencia indebida; c) las medidas de apoyo sean adaptadas a las circunstancias de la persona y se apliquen en el plazo más corto posible, y d) dichas medidas sean periódicamente revisables mediante exámenes de la autoridad u órgano judicial independiente e imparcial (cfr. art. 12, ap. 4)²⁶.

La fórmula deseada es que el *apoyo* puntale o sostenga la capacidad

²⁵ Las diferencias biológicas, congénitas o adventicias de las personas con discapacidad no conducen automáticamente a una incapacidad desde el punto de vista legal, aunque en ocasiones puedan conllevar la necesidad de complemento o apoyo para el ejercicio de algunos derechos con el objeto de evitar aprovechamientos inescrupulosos o influencias indebidas de terceros. En esta línea de razonamiento, cfr. VALDÉS DÍAZ, op. cit., p. 3: “...la ineptitud del sujeto, proveniente de una discapacidad, no le inhibe necesariamente el ejercicio de sus derechos ni la realización de todo tipo de actos jurídicos. De modo que, en materia jurídica, especialmente en sede civil, capacidad y discapacidad no necesariamente son contrarios; la ineptitud física o psíquica no conlleva de forma ineluctable a la incapacidad, que sólo procedería cuando se pruebe que aquélla, la discapacidad, priva a la persona de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente”.

²⁶ TOBIÁS, comentario al art. 43 del CCyC, en ALTERINI (dir. general) y ALTERINI (coord.), op. cit., p. 349, es refractario a atribuir una sinonimia o equivalencia absoluta entre “apoyo” y “salvaguardia”, y en la búsqueda de una mayor precisión lingüística entiende que “el significado de ‘apoyo’ se encuentra en la idea de ‘ayuda’, ‘socorro’, con el aditamento de la «confianza»”, mientras que “una similar búsqueda del término ‘salvaguardia’ podría encontrarse en la idea de ‘garantía’, «defensa»”. Ergo, en la óptica de este autor, las salvaguardias harían las veces de contralor respecto de la razonabilidad o proporcionalidad de la efectividad de las medidas de apoyo: “Ante una medida de ‘apoyo’ que acompañe o facilite la toma de decisiones por parte del sujeto o que sustituya su voluntad, se generaría su contrapartida en la ‘salvaguardia’ (que actuaría como un control contra cualquier abuso, desproporción o desmesura o desequilibrio que se pueda producir a consecuencia de aquél” (p. 351). En el mismo sentido, cfr. QUINN, op. cit., p. 52, n. 13.

de quien se encuentra en situación de desventaja, y no busca remediar una incapacidad de la persona. Así, en la tarea de discernir la modalidad de apoyo más pertinente en cada caso se ha de atender ya no a las deficiencias de la persona sino a sus *habilidades* (debidamente ponderadas de acuerdo a sus intereses y preferencias), al reconocimiento de sus vínculos afectivos familiares y sociales, preservando los espacios habituales en los que tiene lugar su vida de relación y fomentando otros que puedan resultar valiosos para el despliegue personal (v. gr., plaza pública, escuela, club de barrio, biblioteca, parroquia, hogar de día, etc.).

Dejando a un lado la tensión existente entre el Derecho Civil de fuente interna y la Convención examinada que integra el bloque de constitucionalidad (cfr. art. 75, inc. 22, CN), la modalidad con que se incorporan las medidas de apoyo en el Código Civil y Comercial indudablemente representa un avance frente al rígido esquema de sesgo paternalista que signaba al Código de Vélez-Borda (fundado en el mecanismo sustitutivo de la representación legal como único sistema tuitivo de los incapaces). La tensión incluso se produce en el interior del propio Código Civil y Comercial, toda vez que la restricción de la capacidad para determinados actos (habilitada por el art. 32, CCyC) supone una inconsistencia lógica con el postulado rector según el cual se presume la capacidad de ejercicio de la persona humana, inclusive cuando esté internada en un establecimiento asistencial (art. 31, inc. a, CCyC; conf. art. 3º, *in fine*, ley 26.657), y se reconoce el goce de los derechos fundamentales y sus extensiones a toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada (art. 41, *in fine*, CCyC).

8. Modalidades de “apoyo” en el Código Civil y Comercial

En general, el *apoyo* puede consistir en cualquier medida judicial o extrajudicial cuya función primordial sea promover la autonomía y autodeterminación del sujeto, facilitándole la comprensión, comunicación y toma de decisiones por sí mismo en cuanto tiene que ver con el mejor cuidado de su persona y de sus bienes²⁷. En el centro se

²⁷ El art. 43, párr. 2º, del CCyC dispone: “Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”. En

encuentra la inviolabilidad y dignidad de la persona humana (art. 51, CCyC), lo que equivale a reconocer la posibilidad de elección y ejecución del propio proyecto vital en la medida que su aptitud de discernimiento (apreciada *in concreto*) se lo permita.

Ahora bien, la comunicación es un prerequisite ineludible para que la adopción de decisiones por el propio interesado sea viable. En este sentido, la Convención (cuyo tenor debe servir de guía para una adecuada exégesis e intelección del CCyC) consagra en su artículo 2º una acepción amplia del término, no circunscrita al medio comunicativo representado por el lenguaje convencional (oral o escrito), sino inclusiva de formas de comunicación no verbal (lengua de señas, sistema Braille, comunicación táctil, macrotipos, dispositivos multimedia de fácil acceso y cualquier otro modo, medio o formato aumentativo o alternativo de comunicación). Sólo por mencionar otros ejemplos, la colaboración de un *asistente-intérprete* puede ser un apoyo muy útil en el caso de personas con discapacidad auditiva o hipoacúsicos, y de un *asistente-guía* en el caso de las personas no videntes o con baja visión²⁸.

Por otra parte, las medidas de apoyo pueden consistir en la designación de un *apoyo unipersonal* o en *sistemas de apoyo*, es decir, redes o equipos integrales conformados por profesionales de distintas disciplinas (médicos, psicólogos, asistentes sociales, psicopedagogos, fonoaudiólogos, sociólogos, antropólogos, abogados, etc.). Sin embargo, debe notarse que el carácter *profesional* del apoyo, aunque puede ser un criterio aconsejable, no es un requisito legal *sine qua non*. Bien podría el apoyo recaer en cualquier persona con experticia e idoneidad en la materia de que se trate, con sus funciones especificadas de acuerdo a los “ajustes razonables” que exija cada situación concreta (cfr. art. 32, párr. 2º, CCyC)²⁹.

idéntica línea, el art. 32, párr. 3º, del CCyC reza que “El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”.

²⁸ Una hermenéutica integradora de las normas implicadas que regulan los apoyos, sus funciones, parámetros de organización y algunas pautas para su designación puede encontrarse en TOBIAS, comentario al art. 43 del CCyC, en ALTERINI (dir. general) y ALTERINI (coord.), op. cit., ps. 354-357.

²⁹ La expresión “ajustes razonables” es técnica y su inclusión en el CCyC sigue las líneas trazadas de antemano por la Convención, cuyo art. 2º la define así: “...Por

Un extremo que sí es inexcusable cumplimentar es que el o los apoyos sean “personas de confianza” del sujeto que resultará asistido (art. 43, párr. 3º, CCyC). Coherente con esto, ratificándose el *desideratum* de promover la autonomía en el desarrollo de la propia personalidad, se legitima al interesado para que asuma la iniciativa de proponer al juez la designación del apoyo. Se persigue de esta manera evitar recaer en el anterior modelo sustitutivo y paternalista en el cual se le imponía heterónomamente al sujeto un *curador* que debía representarlo y tomaba las decisiones por él (sin necesidad de consultarlo o pedirle opinión sobre los actos a realizar), quedando así el reputado “insano” desplazado *in totum* del gobierno de su persona y patrimonio. En este sentido, con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC encontramos un interesante precedente en la ley 26.657 para el caso de las “personas con padecimiento mental”, quienes tienen derecho (antes, durante y luego del tratamiento) a ser *acompañadas* por sus familiares, otros *afectos* o quien sea *designado por el propio interesado* (art. 7º, inc. e). Aunque el término *apoyo* no aparezca expresamente en el enunciado normativo de esta ley especial, no hay dudas de que la *ratio* reside en postular la función del “auxiliar de confianza” para el sujeto asistido.

En todo caso, sigue pesando una carga tutelar sobre los jueces y cierto margen de discrecionalidad en su deber de velar por la protección de la persona y evaluar los alcances de la designación para evitar “conflictos de intereses o influencia debida”³⁰. A este fin la resolución

‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...” Otra norma de nuestro CCyC que emplea la locución “ajustes razonables” es el art. 35, cuando impone al juez que entiende en el proceso de determinación de la capacidad civil de una persona la obligación de “...garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarle personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél”.

³⁰ La intervención judicial para el nombramiento de los apoyos ha sido objeto de cuestionamientos por parte de algunos autores. Así lo reseña PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, en *IUS. Revista del Instituto Jurídico de Puebla*, Año IV, núm. 26, 2010, ps. 70-71: “Esta

jurisdiccional mediante la cual se formaliza el nombramiento del apoyo ha de establecer la “condición y calidad de las medidas de apoyo”, es decir, naturaleza o tipo de apoyo (v. gr., con o sin representación o asistencia), así como sus funciones específicas, límites y responsabilidades³¹. También, en caso de estimarse conducente a una tutela más eficiente (tanto para el interesado como para los terceros que se vinculen jurídicamente con él), el órgano judicial puede darle publicidad a la medida disponiendo la inscripción de la resolución respectiva en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 43, *in fine*, CCyC)³².

9. Reflexiones finales

A) Del recorrido efectuado se desprende que el principal factor que incapacita a las personas, antes que eventuales deficiencias individuales consideradas en forma aislada, son las *barreras* que impiden o dificultan el desarrollo libre de la personalidad, así como una vida

Convención genera un debate en el que ciertos sectores sostienen que hay que cambiar los mecanismos clásicos de protección que pasan por la intervención del juez y la tutela. Incluso, se afirma, obliga a poner en marcha soluciones alternativas al procedimiento de tutela e incapacitación, evitando el recurso a la autoridad judicial y sustituyendo la representación que implica la tutela por un sistema de apoyos”. En sentido contrario, con sólidos argumentos, se inclina TOBÍAS, comentario al art. 32 del CCyC, en ALTERINI (dir. general) y ALTERINI (coord.), op. cit., p. 269: “No hay otra posibilidad de limitar la capacidad de obrar de la persona si no es por la vía jurisdiccional [...] teniendo en cuenta que se encuentra en juego nada menos que la capacidad de ejercicio del denunciado (íntimamente vinculado con su libertad)”.

³¹ La terminología empleada para mentar las diversas modalidades de apoyo es harto variada: defensores personales, servicios comunitarios, apoyo de pares, asistencia personal, tutores de tratamiento, acompañantes terapéuticos, etc. También se incluye a los medios de previsión de apoyos para el futuro, modalidad que encuentra asidero normativo en la posibilidad de conferir a este objeto “directivas médicas anticipadas” (art. 60, CCyC y art. 11, ley 26.529).

³² Desde ya que la regularidad del trámite exige la intervención del Ministerio Público en su modalidad de “actuación complementaria”, siempre que en el proceso se encuentren involucrados intereses de personas incapaces o con capacidad restringida, so pena de sancionarse la omisión con la nulidad relativa del procedimiento judicial (cfr. art. 103, CCyC).

plena y participativa en el espacio comunitario. La concepción social de la discapacidad entiende que su origen está determinado por el inexistente o escaso grado de interacción significativa de la persona dentro de su entramado familiar, social y cultural. De ahí que “...el factor social puede ser tanto o más discapacitante que la propia deficiencia que se padece”³³. Por lo demás, tales *barreras* deben ser concebidas no sólo como los obstáculos materiales (edilicios, arquitectónicos o instrumentales), sino también como los prejuicios y trabas culturales que aún están extendidos en la mentalidad dominante y exigen ser superados por quienes formamos parte de las actuales sociedades complejas y plurales.

B) En el nuevo horizonte inaugurado entendemos que los apoyos constituyen un sistema apto por su ductilidad para modularse y adaptarse a las particularidades de cada caso. Ellos entrañan una evidente ventaja frente a la índole rígida de la representación, invariablemente idéntica en todas las circunstancias. De esta manera, el apoyo resulta una modalidad acorde con el carácter multiforme de la discapacidad que hemos destacado en el parágrafo introductorio de este trabajo. Esto no quita que en situaciones puntuales el mismo apoyo (u otra persona idónea) quede investido por la sentencia judicial que lo designa con el carácter de representante legal, especialmente a fin de evitar aprovechamientos o abusos de terceros en los actos jurídicos que celebre la persona con discapacidad mental o cognitiva. Cabe tener en cuenta que esta última posibilidad resulta perfectamente compatible con lo preceptuado por el artículo 101, inciso c, CCyC.

C) Es comprensible que reine cierto desconcierto entre los operadores jurídicos sobre cómo se han de implementar las medidas de apoyo. A este respecto, la Convención puede representar un valioso faro interpretativo para la aplicación de esta figura que implica una ruptura con respecto al modo tradicional en que se abordó la problemática de la discapacidad en la práctica judicial. En este sentido, no es infrecuente que se sigan caratulando algunos procesos judiciales de

³³ DÍAZ RUBIDO, C. E., “La sordomudez como discapacidad sensorial: su enfoque jurídico y tratamiento en la legislación cubana”, en PÉREZ GALLARDO (coord.), *Discapacidad...* cit., p. 89.

este género como “declaración de insania” y/o “curatela” (sobre la base de que los códigos procesales locales en su mayor parte aún no han sido actualizados para ponerse a tono con la normativa civil de fondo). Urge que los jueces (y los demás operadores jurídicos) tomen conciencia de que este trámite procesal se tornó obsoleto y debe dar paso a un nuevo tipo de proceso más dinámico y participativo, cuyo objeto sea la determinación de los apoyos adecuados para los actos de que se trate. Dichos procesos podrían rotularse “determinación de capacidad” y/o “designación de apoyo/s”.

D) Hay algo que queda fuera de toda discusión y es que los apoyos son medidas que posibilitan a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos e intentan asegurarle una vida independiente: salvaguardar el imprescindible espacio de libertad para el desarrollo lo más pleno posible de su personalidad con los “ajustes razonables” que sean necesarios. En definitiva, se trata de superar la concepción fundada en la subrogación de la voluntad de la persona y la implementación de un sistema de toma de decisiones asistido (no sustitutivo) para que ella pueda ejercer autónomamente su capacidad. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se alinea en esta transición de un modelo médico sobreprotector sustitutivo hacia un modelo social de apoyo a sus capacidades. Empero, es natural que nos topemos con algunas resistencias de mentalidad frente a este renovado modo de percepción de la discapacidad. Sabemos sobradamente que los cambios culturales no pueden ser logrados mágicamente a través de un acto legislativo, sino por la incesante labor educativa desplegada estratégicamente en todos los niveles.

E) La indagación revela que pueden distinguirse dos tipos de intervenciones normativas. Por un lado, la que hace la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo objetivo primordial es reconocerle derechos a sus destinatarios (incluso patrimoniales y económicos) a fin de compensar o suplir la situación de desventaja social en la que se hallan inmersas las personas con aptitudes naturales disminuidas, con el máximo respeto de la dignidad y autonomía de la persona³⁴. Y,

³⁴ Cfr. TOBÍAS, comentario al art. 43 del CCyC, en ALTERINI (dir. general) y ALTERINI (coord.), op. cit., p. 346.

por otro lado, el Código Civil y Comercial que en su Parte General (Libro Primero) procura fijarle limitaciones a su capacidad (particularmente pensadas a propósito de los actos patrimoniales), conservando todavía algunas marcas propias de la concepción paternalista del sistema legal derogado. Esta última apreciación no desconoce que en situaciones puntuales y bien determinadas tales limitaciones hallen justificación en la necesidad de asegurarle protección a las PCD frente a eventuales abusos, aprovechamientos o influencias indebidas de terceros. Aquí talla precisamente el concepto técnico de “ajustes razonables” con los alcances ya examinados.

F) En resumidas cuentas, la alternativa consiste en someterse al destino o construirlo: el desafío es que todos puedan ser protagonistas activos en el despliegue de un proyecto existencial auténtico, es decir, ser reconocidos como seres aptos para construir su propio destino. El Derecho Civil humanitario no puede desentenderse de esta función que se ha tornado primordial en la hora actual: asegurar a todos los seres humanos dicho protagonismo es condición necesaria para que su inclusión en la vida civil no se convierta en una quimera.

Ahora sí, para concluir, es de gran provecho recordar las muy atinadas palabras de Ciuro Caldani, que reproducimos por su inconfundible poder de síntesis y fuerza expresiva: “Para que el régimen justo pueda realizarse, es necesario que se proteja al individuo contra los demás, frente a sí mismo y respecto de todo ‘lo demás’ (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). La noción de salud ha de construirse con miras a ese resguardo y puede referirse a la capacidad para protegerse contra tales amenazas. Un hombre está sano cuando puede resguardarse a sí mismo”³⁵.

Bibliografía

- BAUMAN, Zygmunt, “La globalización. Consecuencias humanas”, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas filosófico-jurídicas de la salud”, en Bioética y Bioderecho (núm. 4), 1999, ps. 25-32.

³⁵ CIURO CALDANI, M. Á., “Perspectivas filosófico-jurídicas de la salud”, en *Bioética y Bioderecho*, núm. 4, 1999, p. 31.

- DE LORENZO, Miguel Federico, “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado”, en ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (dirs.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- DÍAZ RUBIDO, Claudia Elena, “La sordomudez como discapacidad sensorial: su enfoque jurídico y tratamiento en la legislación cubana”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.), *Discapacidad y Derecho Civil*, Madrid, Dykinson, 2015.
- FOUCAULT, Michel, “Historia de la locura en la Época Clásica I”, trad. de J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- KRASNOW, Adriana N., “La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paternofiliales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva”, en Revista de la Facultad de Derecho (núm. 20), UNR, 2012, ps. 335-359.
- MAZZARESE, Tecla, “El derecho a ser diversos en las sociedades multiculturales”, en DOUGLAS PRICE, Jorge E. y DUQUELSKY, Diego (coords.), *Ponencias XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social: multiculturalismo, interculturalidad y Derecho*, Buenos Aires, Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014.
- PALACIOS, Agustina, “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Madrid, Cinca-Cermi, 2008.
- PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Madrid, Cermi-Cinca, 2007.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, en IUS. Revista del Instituto Jurídico de Puebla, Año IV (núm. 26), 2010, ps. 69-78.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Legítima y discapacidad: una relectura de los requisitos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.), *Discapacidad y Derecho Civil*, Madrid, Dykinson, 2015.
- QUINN, Gerard, “Personalidad y capacidad jurídica: perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD”, en PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco (coords.), *Capacidad jurídica. Discapacidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar.

TOBÍAS, José W., comentarios a los arts. 22 y 43 del CCyC, en ALTERINI, Jorge H. (dir. general) y ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015, t. I.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.), *Discapacidad y Derecho Civil*, Madrid, Dykinson, 2015.

LA ESTRATEGIA JURÍDICA EN LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA

LA ARTICULACIÓN DE LOS MECANISMOS SOCIETARIOS Y CONCURSALES PARA EVITAR LA INSOLVENCIA¹

por **GERMÁN E. GERBAUDO²**

SUMARIO: I. Introducción. II. La insolvencia y sus consecuencias económico-jurídicas. III. La prevención de la insolvencia y la utilización de los mecanismos societarios. 1. Capital social. 2. La pérdida de capital social como causal de disolución. 3. El incumplimiento de las normas imperativas del Derecho Societario y la responsabilidad de los administradores. 4. La pérdida de capital social como alerta pre-concursal. 5. Intervención concursal subsidiaria. IV. La tempestividad concursal. 1. Introducción. 2. Presupuesto objetivo. 3. Legitimación. V. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En el presente trabajo se aborda la estrategia jurídica en la prevención de la insolvencia. Uno de los grandes retos del Derecho Con-

¹ Sobre la base de la exposición del autor en la IV Jornada Nacional de Estrategia Jurídica, llevada a cabo el 28-8-2017, en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, organizada por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y por la Secretaría de Ciencia y Técnica.

² Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magíster en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor adjunto de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Profesor adjunto de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR). Subdirector del Centro de Estudios en Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR). Secretario académico de posgrado, Facultad de Derecho (UNR).

cursal con la irrupción de la empresa –a partir del siglo XX– radica en la prevención de la insolvencia. Existe un convencimiento de que se debe procurar la puesta en marcha de los mecanismos de reestructuración empresarial antes de que se instale la insolvencia, dado que cuando ello ocurre disminuyen las posibilidades de reorganizar la empresa en crisis. Consideramos que la prevención de la insolvencia no es una cuestión exclusiva del Derecho Concursal –como tradicionalmente se lo ha enfocado– sino que atañe principal y prioritariamente al Derecho Societario. Existe un Derecho Societario de crisis o un Derecho Societario Preconcursal. Esta visión del Derecho de las Sociedades gira alrededor de la noción de capital social. La pérdida de capital social es una causal de disolución de las sociedades, pero dicha causal puede removerse procediendo los socios al reintegro total o parcial del mismo o disponiendo un aumento de capital social. Las normas que imponen remover la causal de disolución ante la pérdida de capital social tienen un carácter imperativo. Por lo tanto, ante ello los administradores deben articular los mecanismos societarios que impliquen la remoción de esta causal o formular una tempestiva presentación en concurso preventivo. Su omisión genera responsabilidad de los administradores. En este trabajo exponemos la interrelación que debe existir entre los mecanismos societarios y los concursales en la búsqueda del objetivo de la prevención de la insolvencia.

Abstract

This paper addresses the legal strategy in the prevention of insolvency. One of the major challenges of Insolvency Law with the company's inrush –beginning in the XX century– lies in the prevention of insolvency. There is a conviction that the implementation of corporate restructuring mechanisms should be implemented before insolvency is established, since when this happens the chances of reorganizing the company in crisis are diminished. We believe that the prevention of insolvency is not an exclusive issue of Bankruptcy Law –as traditionally it has focused on it–, but mainly and primarily related to Corporate Law. There is a Corporate Law of crisis or a Corporate Law Pre-insolvency. This view of Company Law revolves around the notion of social capital. The loss of social capital is a cause of disso-

lution of the societies, but this cause can be removed by proceeding the partners to the total or partial reinstatement of the same or by arranging a capital increase. The rules that require removing the cause of dissolution in the face of the loss of social capital are mandatory. Therefore, before this the administrators must articulate the corporate mechanisms that imply the removal of this causal or formulate a timely presentation in preventive contest. Its omission generates responsibility of the administrators. In this paper we present the interrelationship that must exist between the corporate and insolvency mechanisms in the pursuit of the objective of insolvency prevention.

Palabras clave

Estrategia jurídica. Prevención de la insolvencia. Reestructuración.

Keywords

Legal strategy. Prevention of insolvency. Restructuring.

I. Introducción

En este trabajo nos proponemos estudiar qué alternativas nos ofrecen tanto el ordenamiento societario como concursal para evitar la insolvencia. Nos situamos en la posición de un abogado asesor jurídico de una empresa que empieza a transitar por una zona de insolvencia o de dificultades económicas y que tiene que diseñar una estrategia jurídica para evitar que se instale la insolvencia en la empresa y con ello no sólo conservar a la misma sino también evitar la responsabilidad de los administradores.

La práctica demuestra que la mayoría de los concursos preventivos no alcanza su finalidad de reestructuración y culminan en una declaración de quiebra indirecta. En la mayoría de los casos la frustración obedece a que se omitieron mecanismos societarios para evitar la crisis o se solicitó en forma tardía la presentación en concurso preventivo.

En esta colaboración nos proponemos apelar al correcto diálogo de fuentes que debe observarse entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal. Consideramos que la prevención de la insolvencia no es

una cuestión exclusiva del Derecho Concursal –como tradicionalmente se lo enfoca–. Éste es un Derecho que funciona *ex post* y de *ultima ratio*. La prevención de la insolvencia es una problemática que atañe principalmente al Derecho Societario. En consecuencia, nos proponemos demostrar que la prevención de la insolvencia no es una cuestión exclusiva del Derecho Concursal, sino principalmente del Derecho Societario. En tal sentido, afirmamos que existe una función preconcursal del Derecho Societario.

II. La insolvencia y sus consecuencias económico-jurídicas

La insolvencia es el presupuesto objetivo de los procesos concursales. La misma puede calificarse como “el estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles”³.

Cuando la insolvencia se instala en una empresa produce consecuencias devastadoras. En tal sentido, Héctor Cámara sostiene que “ese evento desgraciado compromete intereses plurales de distintas clases, cuyas derivaciones públicas y privadas son graves y dañosas”⁴.

No es lo mismo la insolvencia de una empresa a partir del siglo XX que la insolvencia de un comerciante del Medioevo italiano. En este último caso sólo se afectaban intereses privados; en cambio, en el siglo XX, cuando una empresa quebraba se afectaban intereses de carácter general.

Ello es consecuencia de los cambios que en el Derecho Comercial se experimentaron a partir del siglo XX con la aparición de la empresa en el mundo de los negocios. A partir de entonces comenzó un proceso de subjetivización del Derecho Comercial, superador del Derecho Mercantil objetivo proveniente del Código de Comercio francés de 1807.

Surgió así la necesidad de una nueva reglamentación. Apareció el Código de la Empresa a través del *Códice*, es decir, el Código Civil

³ RIVERA, J. C., “Instituciones de Derecho Concursal”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, t. I, p. 113.

⁴ CÁMARA, H. C., “El concurso preventivo y la quiebra”, Depalma, Buenos Aires, 1989, vol. III-A, p. 1.

y Comercial italiano de 1942. Éste, paradójicamente, no definió a la empresa, sino que su concepto se extrajo indirectamente acudiendo a la definición de elementos muy próximos a ella, pero sí reglamentó a aquélla en forma cuidadosa y sistemática⁵. De este modo, la empresa se constituyó “como centro de imputación e irradiación del Derecho Comercial contemporáneo”⁶.

A partir de ese momento empezó a concebírsela como un “bien valioso” a cuya preservación debe propender el Derecho⁷. La protección de la empresa se basa en que ésta otorga importantes beneficios al interés general⁸.

Por lo tanto, el diseño de una adecuada estrategia jurídica que evite la insolvencia hace a la conservación de la empresa. Asimismo, reviste importancia para reducir la responsabilidad de los administradores.

En conclusión, pensamos que la prevención de la insolvencia no es una cuestión exclusiva del Derecho Concursal, sino también y principalmente del Derecho Societario. Sostenemos que existe una función preconcursal del Derecho Societario o un Derecho Societario de crisis⁹.

Asimismo, entendemos que la prevención de la insolvencia es importante en cuanto a la conservación de la empresa, a la reducción de los daños que se generan con la insolvencia y a menguar la responsabilidad de los administradores.

⁵ BARRERA GRAF, J., “La empresa en el nuevo Derecho Mercantil italiano. Su influencia en el Derecho mexicano”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 19, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-abril de 1954, p. 85.

⁶ FARINA, J. M., “Presente y futuro del Derecho Comercial”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 647.

⁷ Véase: GRAZIABILE, D. J., “Fundamentos de Derecho Concursal. Nociones, antecedentes, evolución y crisis”, en *Jurisprudencia Argentina* 2004-II-946.

⁸ DURÁN MANTILLA, J. G., “El presupuesto subjetivo-conductual en el concordato preventivo de la quiebra”, en *Dikaion*, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana, Bogotá, 1987, vol. I, p. 127.

⁹ RICHARD, E. H., “La enseñanza y la investigación del Derecho Societario de crisis”, en *Anuario XV (2013-2014)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2015, p. 351.

III. La prevención de la insolvencia y la utilización de los mecanismos societarios

1. Capital social

El capital social es un elemento esencial del contrato de sociedad (art. 11, inc. 4º, LGS)¹⁰.

La noción tradicional del capital social apareció en el siglo XVII vinculada al momento del nacimiento de las sociedades por acciones. Surgió como una concesión a los acreedores que con las sociedades por acciones perdieron la garantía que significaba la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas de la sociedad. En tal sentido, Miguel Araya sostiene que “en su lugar, aparece la noción jurídica del capital social, que viene a reemplazar, si bien modestamente, aquella garantía asegurando a los acreedores que, al menos una parte del patrimonio societario, no podría ser dispuesto libremente por los accionistas, sino que debía retenerse en la sociedad”¹¹. También se sostiene que “el capital social fue concebido como contrapartida necesaria de la limitación de responsabilidad que caracteriza a ciertos tipos societarios. Excluido el patrimonio personal de los socios de la prenda común de los acreedores sociales, el legislador consideró necesaria la formación y el mantenimiento de un “colchón” de capital indisponible por los socios, en garantía de los legítimos intereses de dichos acreedores”¹². Se señala que “representa así el monto que se escinde del patrimonio de los constituyentes para generar el nuevo sujeto de derecho”¹³.

De este modo aparece la denominada función de garantía del capital social, que algunos señalan que es su función más impor-

¹⁰ El art. 11 dispone que “El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad [...] 4º El capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio...”

¹¹ ARAYA, M. C., “Debate actual sobre el capital social”, en FARHI, D. y GEBHARDT, M. (coords.), *Derecho Económico Empresarial. Estudios en homenaje al doctor Héctor Alegria*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 1079.

¹² MANÓVIL, E., “El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico”, en *La Ley* 2010-A-585.

¹³ RICHARD, E. H. y MUIÑO, O. M., “Derecho Societario”, 1ª ed., 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 417.

tante¹⁴. Según Ricardo Nissen esta función “consiste en garantizar, a quienes contratan con la sociedad, que ésta contará –como mínimo– con el monto del capital social para afrontar sus compromisos”¹⁵.

El capital social figura en el pasivo de la sociedad. Ello es así no porque constituya un débito de la sociedad hacia los accionistas, sino porque constituye la garantía ofrecida por la sociedad para con los terceros. Opera como una “cifra de retención”¹⁶ o una “cifra de responsabilidad con relación a terceros”¹⁷.

El carácter imperativo del capital social cobra mayor vigor en las sociedades por acciones. Ello es así dado que en estas sociedades “existe un particular interés en la protección de los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios”¹⁸.

En la actualidad la función de garantía del capital social está en crisis y es criticada alegándose que no cumple tal finalidad.

Por otra parte, debe existir una correlación entre el capital social y el objeto social, en el sentido de que el primero debe ser suficiente para posibilitar la realización del segundo.

2. *La pérdida de capital social como causal de disolución*

La disolución precede a la liquidación y a la extinción del contrato y del sujeto de derecho societario. Se expresa que “la disolución es un acto jurídico que, previa verificación de alguna de las causales

¹⁴ ROVIRA, A. L., “Empresa en crisis”, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 379.

¹⁵ NISSEN, R. A., “Control externo de sociedades comerciales”, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 175.

¹⁶ ROVIRA, op. cit., p. 379; VERÓN, A. V., “Sociedades comerciales”, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 644; GARRONE, J. A., “Derecho Comercial”, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 340; NISSEN, R. A., “Ley de Sociedades Comerciales”, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 913; FARINA, J. M., “Derecho de las Sociedades Comerciales”, Astrea, Buenos Aires, 2011, t. 2, p. 744; FERNÁNDEZ DE ANDREANI, P., “Cooperativas prestadoras de servicios públicos”, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 416.

¹⁷ ESCUTI, I. A.; RICHARD, E. H. y ROMERO, J. I., “Manual de Derecho Societario”, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 54.

¹⁸ PAOLANTONIO, M.; LEGÓN, P. A. y CORNES SANGIAO, S., Capítulo IX, “Sociedad anónima”, en GEBHARDT, M. (dir.) y ROMERO, M. Á. (coord.), *Sociedades*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 271.

previstas por la ley o por los estatutos, abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de una entidad como persona jurídica”¹⁹.

El artículo 94 de la LGS enumera las causales y en su inciso 5º indica como tal a la “pérdida de capital social”. Es una causal que como afirma la doctrina “ha generado no pocas controversias”²⁰.

No indica la ley en qué porcentaje debe producirse tal pérdida para que pueda operar la causal²¹. Se funda en que ha desaparecido esa función de garantía frente a terceros. Así, se indica que se funda en “el hecho de que la sociedad carece de garantías frente a terceros para responder por las obligaciones asumidas, lo cual constituye una situación de extrema gravedad, en especial en aquellas sociedades donde los socios limitan su responsabilidad al aporte efectuado”²².

No obstante, esta causal puede ser dejada sin efecto en virtud de lo dispuesto por los artículos 96 y 100, primera parte, de la LGS.

El artículo 96 de la LGS dispone que “En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. Esta norma consagra el principio de conservación de la empresa²³.

A su vez, el artículo 100 de la LGS –reformado por la ley 26.994– dispone que “Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas”.

¹⁹ CROVI, D., comentario al art. 163 del Código Civil y Comercial, en LORENZETTI, R. L. (dir.); DE LORENZO, M. F. y LORENZETTI, P. (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 633.

²⁰ ROMERO, M. Á., Capítulo V, “Vicisitudes y extinción”, en GEBHARDT (dir.) y ROMERO (coord.), op. cit., p. 141.

²¹ FARINA, J. M., “Compendio de sociedades comerciales”, 1ª ed., Zeus, Rosario, 1989, p. 138.

²² NISSEN, “Control...” cit., p. 176.

²³ FERRO, H. R., “Legislación de empresa”, Astrea, Buenos Aires, 1979, ps. 174 y 175; MUGUILLO, R. A., “Ley de Sociedades Comerciales”, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 175.

Consideramos que las citadas normas son de carácter imperativo y al registrarse la causal de disolución por pérdida de capital social los administradores deben articular los mecanismos necesarios para removerla.

La doctrina expresa que “los administradores sociales, en su deber de gestión, al advertir esta irregular situación, tienen la obligación legal de liquidar la sociedad o capitalizarla para evitar mayores perjuicios a los terceros y acreedores. Continuar su giro comercial en estas condiciones agrava la situación de cesación de pagos del ente con la consiguiente responsabilidad (arts. 39, 115, 116 y 117 y 173, LCQ), sin dejar de omitir que el apartamiento mediante conductas prohibidas, a estas normas inderogables, constituye fraude a la ley (art. 12, CCyC, y 274, LGS)”²⁴.

En consecuencia, ante la pérdida de capital social los administradores deben articular las normas imperativas del Derecho Societario para remover la causal. No hacerlo genera responsabilidad de los mismos.

Lorena Schneider sostiene que “no puede olvidarse que en caso de producirse la pérdida del capital social en el ámbito societario los administradores quedan sometidos al régimen de la *responsabilidad solidaria* y están *obligados a tomar decisiones meditadas y coherentes*, puesto que con incumplimiento de sus obligaciones se originaría una grave responsabilidad de sus miembros”²⁵.

Por lo tanto, aparece así la necesidad de la estrategia jurídica y del diseño de un plan de prevención de la insolvencia. En tal sentido, se expresa que “planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla, es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, que actúa con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia”²⁶.

En definitiva, entendemos que los artículos 96 y 100 son normas

²⁴ FERRO ILARDO, C. A., “Proyección e incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad concursal”, en *La Ley Gran Cuyo* 2017 (marzo), p. 3.

²⁵ SCHNEIDER, L. R., “La pérdida de capital social. Causal de disolución no prevista en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley* 2016-C-908.

²⁶ RICHARD, op. cit., p. 351.

imperativas. Ante la pérdida de capital social los administradores deben articular los mecanismos para evitar la liquidación de la sociedad o bien efectuar una temprana presentación concursal.

3. *El incumplimiento de las normas imperativas del Derecho Societario y la responsabilidad de los administradores*

Si los administradores no proceden conforme a estas normas imperativas, convocando, por ejemplo, a una asamblea para resolver un aumento de capital, genera responsabilidad no sólo de tipo societario sino concursal en los términos del artículo 173 de la LC.

Consideramos que si los administradores continúan operando con la sociedad en cesación de pagos, no articulando los mecanismos societarios para evitar la crisis o no efectuando una tempestiva presentación en concurso preventivo, su conducta puede calificarse como dolosa en los términos del artículo 1724, *in fine*, del Código Civil y Comercial de la Nación y generar responsabilidad conforme al artículo 173, primer párrafo, de la LC.

La responsabilidad de los representantes regulada en el artículo 173, primer párrafo, de la LC requiere al dolo como factor subjetivo de atribución. En la actualidad, el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación amplió la calificación de dolo. Éste, como factor subjetivo de atribución, no sólo comprende el directo sino también el eventual. La última parte del citado precepto dispone que “El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

El dolo directo se produce “cuando existe la voluntad concreta de dañar”²⁷. En tanto que el dolo eventual es aquel en el que “la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el daño que puede causar”²⁸.

Por lo tanto, a nuestro criterio, con el Código Civil y Comercial de la Nación nos encontraremos con una nueva noción del dolo de-

²⁷ ALTERINI, A.; AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R., “Curso de obligaciones”, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 223.

²⁸ BUSTAMANTE ALSINA, J., “Teoría general de la responsabilidad civil”, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 337.

lictual; podríamos decir una “versión ampliada”, lo que influirá en el ámbito que estudiamos, facilitando la prueba del mismo y aumentando los casos de responsabilidad de los administradores.

De este modo, con el Código Civil y Comercial de la Nación, la noción del dolo como factor de atribución se revitaliza y sale del “eclipse” del cual la doctrina lo había ubicado²⁹, ampliando su utilidad y “flexibilizando” su prueba en las acciones de responsabilidad de los representantes.

La regulación del dolo en el Código Civil y Comercial de la Nación permite comprender conductas que no quedaban alcanzadas en la noción de dolo del artículo 1072 del Código Civil derogado. Así, a nuestro criterio, resultará más fácil comprender como dolosas conductas de los administradores que realizan actos que si bien no tienen como propósito ocasionar el daño, en su ejecución el agente se representa la posibilidad de daño y sin embargo continúa con su accionar con total menosprecio del resultado dañoso. En tal sentido, pueden quedar atrapadas como conductas dolosas realizadas por un representante que continúa operando la sociedad en insolvencia, sin articular los mecanismos societarios y concursales necesarios para evitar el daño a los acreedores. En esos casos, el administrador se representa el resultado dañoso, pero continúa operando y realizando actos con total menosprecio a los acreedores.

4. *La pérdida de capital social como alerta preconcursal*

También empieza a considerarse que la pérdida de capital social funciona como una alarma preconcursal³⁰. En este sentido, encontramos al Derecho Concursal y Societario español que responsabilizan a los administradores ante la inacción frente a la pérdida de capital social.

En tal sentido, cuando la sociedad empieza a tener pérdidas de capital graves o calificadas, los administradores deben convocar a la

²⁹ TOBÍAS, J. y DE LORENZO, M., “El dolo en el Derecho Civil. Propuestas para una noción en eclipse”, en *La Ley* 2001-C-1102.

³⁰ ROVIRA, op. cit., p. 344; GEBHARDT, M., “Prevención de la insolvencia”, Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 50 y 51; DOBSON, J. I., “Interés societario”, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 351.

junta de accionistas en el plazo de dos meses, a fin de dar a conocer la disminución del patrimonio neto y proponer medidas adecuadas para superar la situación de desequilibrio. La omisión de la obligación de la convocatoria o su fracaso habilitan a cualquier interesado a pedir la disolución de la sociedad e impone a los administradores el deber de pedirla judicialmente. No obstante, este sistema se garantiza con una grave sanción a los administradores que incumplen con estos mecanismos, dado que responderán personal y solidariamente por las obligaciones sociales.

Marcelo Gebhardt correctamente sostiene que “el régimen sumariamente descripto ha sido calificado por la doctrina mayoritaria como preconcursal, entendiendo que las pérdidas graves constituyen una señal de alarma que debe alentar a los administradores a enfrentar una situación de desequilibrio patrimonial próximo a la insolvencia”³¹.

5. *Intervención concursal subsidiaria*

La correcta utilización de los mecanismos societarios en la prevención de la insolvencia determina que el Derecho Concursal se presente con un carácter subsidiario.

De este modo el ordenamiento societario nos suministra mecanismos de prevención de la insolvencia. Se trata de una solución interna o solución societaria de bajo costo de transacción —es un costo muy inferior al proceso concursal³²—.

En este sentido, Efraín H. Richard sostiene que “Debemos pensar y generar un Derecho de crisis, que partiendo de la norma de la organización societaria permita anticiparse a la insolvencia por las normas imperativas de la ley societaria, permitiendo la intervención concursal subsidiaria”³³.

³¹ GEBHARDT, op. cit., p. 51.

³² Véase: RICHARD, E. H., “Crisis societarias: visiones encontradas: la societaria y la concursal”, en *Revista de la Facultad*, núm. 2011-2, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, p. 1.

³³ RICHARD, E. H., “El Derecho en el siglo XXI (la visión de un comercialista)”, en *Revista de la Facultad*, núm. 2014-2, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, p. 29.

IV. La tempestividad concursal

1. *Introducción*

La intervención concursal, si bien es subsidiaria, debe ser oportuna. Es necesario que la solución concursal llegue oportunamente, es decir que llegue a tiempo. Ello es así dado que de lo contrario será muy difícil la recuperación empresarial.

Hoy existe un consenso en la doctrina en la necesidad de proponer soluciones concursales antes de que se instale la insolvencia. Concorre un convencimiento en los autores de que anticipar la insolvencia permite evitar costos y otorga mayores posibilidades de recuperación de la empresa. La aplicación oportuna de las soluciones concursales tiende a evitar una profundización de la crisis y la expansión de la insolvencia con todas las consecuencias negativas que ello implica.

Osvaldo Maffía expresa que “la consigna es intervenir, con actuación del tribunal, en defensa de la empresa en dificultades cuando los problemas aparecen, no cuando la insolvencia se instaló y menos aún esperar la apertura del concurso para dispensarle una protección inexorablemente tardía”³⁴.

La necesidad de tempestividad concursal se asienta sobre dos nociones centrales: presupuesto objetivo y legitimación concursal.

2. *Presupuesto objetivo*

El presupuesto objetivo hace referencia a la situación en que se encuentra el patrimonio del sujeto pasivo. Se indica que “constituye el presupuesto objetivo la delimitación del estado patrimonial del deudor al que el legislador vincula la apertura del concurso de acreedores”³⁵.

Nuestra ley concursal adopta el denominado “estado de cesación de pagos” como presupuesto objetivo para la apertura de un proceso

³⁴ MAFFÍA, O. J., “Crisis de los conceptos basales del concurso comercial preventivo”, en *La Ley* 1979-C-693.

³⁵ GADEA, E., “Iniciación al estudio del Derecho Concursal”, Dykinson, Madrid, 2005, p. 60.

concursal (art. 1º), el cual se exterioriza a través de una serie de hechos reveladores que están enumerados por el legislador de manera no taxativa (arts. 78 y 79).

El presupuesto objetivo de los procesos concursales experimenta hoy en día una “gran crisis”, que abre un debate en la doctrina sobre la necesidad de admitir otros presupuestos diferentes al denominado “estado de cesación de pagos” y provoca en ese sentido modificaciones en las leyes de insolvencia de diferentes países del mundo.

En el Derecho Concursal a nivel mundial existe un consenso de buscar otros presupuestos objetivos diferentes al clásico estado de cesación de pagos, que permitan anticipar la puesta en marcha de los mecanismos dirigidos a la reestructuración empresarial.

El debate se instaló principalmente a partir de la década de 1980 del siglo pasado y, especialmente, a través del Anteproyecto español de 1983 que “reemplaza de modo franco el concepto y hasta la propia expresión ‘insolvencia’ o ‘estado de insolvencia’ por ‘crisis’ o «estado de crisis»”³⁶.

Desde el ámbito normativo, la variedad de presupuestos objetivos de los procesos de insolvencia se observa principalmente en la legislación europea, que en los últimos años han incorporado a la par del clásico presupuesto del estado de cesación de pagos otros, como por ejemplo, el “estado de crisis” o “estado de dificultades” o “preinsolvencia” o el “sobreendeudamiento” en caso de personas físicas consumidores.

En el Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, celebrado en Gijón el 18 de abril de 2009, se adoptó la denominada “Declaración de Gijón”, que en su conclusión tercera expresa: “La necesidad de modificar el presupuesto objetivo del concurso de acreedores para reducir los costes, tanto temporales como económicos, derivados de su declaración. La modificación debe ir en la línea de retornar a la eficacia confesoria de la solicitud de concurso voluntario y de facilitar la declaración del concurso necesario por lo que se refiere tanto a la prueba exigida al acreedor como al procedimiento previsto

³⁶ MAFFÍA, O. J., “Metamorfosis de un concepto. De la cesación de pagos a la crisis empresarial”, en *La Ley* 1984-C-775.

para obtener la declaración judicial como, en fin, a la correcta regulación de la imposición de las costas de la solicitud y de la eventual solicitud abusiva del concurso³⁷.

En nuestro país poco avanzamos al respecto. La última invención que se observó en el presupuesto objetivo se produjo con el acuerdo preventivo extrajudicial. Éste establece dos presupuestos objetivos: el estado de cesación de pagos y las dificultades económicas o financieras de carácter general.

En consecuencia, el deudor para reestructurar el pasivo a través del acuerdo preventivo extrajudicial puede hallarse en insolvencia o en dificultades económicas y financieras del carácter general.

La expresión dificultades económicas o financieras de carácter general fue incorporada en nuestro Derecho Concursal por la ley 22.917 de 1983 como presupuesto objetivo del denominado acuerdo preconcursal³⁸. En su momento, se expresó que la incorporación de este nuevo presupuesto fue la mayor novedad de la reforma dada por la ley 22.917³⁹.

No obstante, en una primera etapa, la doctrina que tempranamente comentó la incorporación por la ley 22.917 de este presupuesto objetivo se manifestó en sentido crítico al mismo. Se entendía que en realidad no se trataba de un nuevo presupuesto objetivo distinto al de la cesación pagos⁴⁰.

En la actualidad, esta tesis fue superada. La doctrina se inclina por sostener que existen diferencias entre las mencionadas nociones. Se considera que se trata de dos presupuestos objetivos diferentes. Por lo tanto, el deudor que pide la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial

³⁷ Conclusiones del Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, Gijón, 18-4-2009, <http://www.aranzadi.es/congresodelainsolvencia/conclusiones.php>.

³⁸ Véase: GERBAUDO, G. E., "Cesación de pagos", Nova Tesis, Rosario, 2011, p. 78.

³⁹ ROUILLON, A., "Reformas al régimen de los concursos. Comentario a la ley 22.917", Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 96.

⁴⁰ TONÓN, A., "El acuerdo preconcursal", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 79; ARGGERI, S., "El acuerdo preventivo extrajudicial introducido en nuestra legislación concursal", en *La Ley* 1984-A-787.

puede encontrarse en cesación de pagos o en una instancia previa que se denomina dificultades económicas o financieras de carácter general⁴¹.

Adolfo Rouillon dice que “el estado de dificultades económicas de carácter general es una nueva categoría, variante intermedia entre la solvencia y la insolvencia definidas”⁴².

José Antonio Di Tullio, Ariel A. Germán Macagno y Eduardo Néstor Chiavassa suministran una noción de “dificultades” partiendo de la distinción con el “estado de cesación de pagos”, manifestando que la diferencia entre ambas categorías es en grados. Así, los autores expresan que “la dificultad de carácter general denota una insolvencia en estado inicial y, aunque temporal, es insolvencia al fin. En esta órbita, cuando tal transitoriedad o reversibilidad desaparecen y la imposibilidad se torna definitiva, se ingresa al terreno del estado de cesación de pagos”⁴³.

⁴¹ SEGAL, R., “Acuerdos preventivos extrajudiciales”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 108; RIVERA, op. cit., p. 365; BARAVALLE, R. y GRANADOS, E., “Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, Liber, Rosario, t. I, p. 210; ENZ, G., “Acuerdo preventivo extrajudicial”, en *Revista Derecho y Empresa*, núm. 4, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, Rosario, 1995, p. 198; RIBERA, C. E., “El acuerdo preventivo extrajudicial, antecedentes y la nueva legislación concursal”, en *El Derecho* 167-1163; BOLOTNIKOFF, P., “Acuerdos preventivos extrajudiciales”, en *La Ley* 2000-C-1334; FARGOSI, H., “Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales”, en *La Ley* 2002-D-1074; ESCUTI, I. A. y JUNYENT BAS, F., “Concursos y quiebras”, Advocatus, Córdoba, 1995, ps. 53 y ss.; “Derecho Concursal”, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 444 y ss.; JUNYENT BAS, F., “Criterios y directrices en el acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589”, en *Libro de ponencias de las Jornadas Nacionales de actualización y debate en Derecho Concursal*, Rosario, 17 y 18 de octubre de 2002, p. 63; MOLINA SANDOVAL, C., “Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias”, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 98; PRONO, R., “El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial”, en *La Ley* 2003-F-1; TON, W., “Acuerdo preventivo extrajudicial”, Errepar, Buenos Aires, 2005, ps. 88 a 100; CHOMER, H. y SÍCOLI, J., “Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 144; GRAZIABILE, D. J., “Sobre los conflictos teóricos del APE. Naturaleza jurídica y presupuestos”, en *La Ley* 2006-E-1253; GERBAUDO, op. cit., ps. 78 a 82.

⁴² ROUILLON, A., “¿Girará hacia el voluntarismo la legislación concursal argentina?”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 235.

En sentido similar, véase: ROUILLON, “Reformas...” cit., p. 111.

⁴³ DI TULLIO, J. A.; MACAGNO, A. A. y CHIAVASSA, E. N., “Concursos y quiebras. Reformas de las leyes 25.563 y 25.589”, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 228.

Los adjetivos “económicas” y “financieras” aluden a las causas de las dificultades. Así, las dificultades de índole económica hacen referencia a la rentabilidad, es decir, a la capacidad de remunerar adecuadamente los medios financieros invertidos, en la cual tienen influencia el mercado en que la empresa se ubica y sus características (inestable o competitivo), el producto (adaptado o no a la demanda) y la tecnología que utiliza⁴⁴.

En cambio, las dificultades financieras refieren a la liquidez, a las disponibilidades o medios para cubrir las erogaciones de caja, al nivel de endeudamiento y a la necesidad de superávit financiero para el repago de los pasivos realizables⁴⁵.

En cuanto a la generalidad se indica que debe ser entendida como la afección a todo el patrimonio⁴⁶.

En conclusión, el presupuesto objetivo de los procesos concursales a nivel universal transita por una etapa de vertiginosos cambios que implican admitir nuevas situaciones patrimoniales que permitan anticipar la insolvencia y con ello hacer más factible la reestructuración patrimonial.

3. *Legitimación*

La legitimación refiere a instancia de quién puede accederse al proceso concursal. En otros términos, alude a cargo de qué sujeto se encuentra la instancia para provocar la apertura concursal. La legitimación no debe confundirse con el presupuesto subjetivo. Al respecto, se expresa que “no debe confundirse el presupuesto subjetivo del concurso con el legitimado activo del concurso, es decir, el sujeto que tiene la facultad de instar el procedimiento”⁴⁷.

En nuestro país el proceso concursal de reestructuración tradicional es el concurso preventivo.

⁴⁴ SEGAL, op. cit., p. 112.

⁴⁵ Íd.

⁴⁶ GRAZIABILE, D. J., “Manual de concursos”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, *e-book*.

⁴⁷ GRAZIABILE, D. J., comentario al art. 1º de la LC, en GRAZIABILE, D. J. (dir. y coaut.), *Régimen concursal. Ley 24.522. Actualizada y comentada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 181.

En materia de procesos de reestructuración –como lo es el concurso preventivo– existe un gran debate respecto de a quién debe concederse esa legitimación.

En nuestro Derecho el único legitimado para solicitar la apertura del concurso preventivo es el deudor (conf. arts. 2º y 5º de la LC). En consecuencia, no se admite legitimación para instar el proceso concursal preventivo en cabeza de los acreedores o de manera oficiosa. El tema referido a si el deudor debe ser o no el único legitimado para instar la apertura del proceso concursal es una cuestión relevante que conforma la “actual agenda del Derecho Concursal”⁴⁸.

Por un lado, se sostiene que no puede dejarse sólo en manos del deudor la apertura de los procesos de reestructuración dado que aquél es el último en darse cuenta de la situación de insolvencia por la que atraviesa y, por lo tanto, demorará el ingreso a los procesos concursales. Esta dilación en el tiempo obra en perjuicio de los acreedores, dado que cuanto más tarde se ingrese al proceso concursal de reestructuración, menores serán las chances de los acreedores de recuperar su acreencia. En consecuencia, se sostiene que debe concederse a otros legitimados la apertura concursal, tales como los acreedores, o admitirse inclusive la apertura oficiosa por el Estado.

Por el otro lado, se argumenta que no puede permitirse que los acreedores puedan movilizar un proceso de reestructuración dado que ello sería peligroso ya que podrían utilizar la “amenaza” de una apertura concursal de una manera extorsiva a fin de obtener “beneficios extra-concursales” en desmedro de otros acreedores.

En la legislación extranjera suele reconocerse legitimación a otros sujetos diferentes del deudor. En tal sentido, en Colombia la ley 1116, denominada “Régimen de insolvencia empresarial”, del 26 de diciembre de 2006, en el artículo 11 reconoce legitimación al deudor, a uno o varios titulares de obligaciones incumplidas, y a la Superintendencia de Sociedades. En México la ley de concursos mercantiles del 12 de mayo del 2000 reconoce legitimación también a los acreedores o al

⁴⁸ GERBAUDO, G. E., “Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del Derecho Concursal”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, núm. 295, Errepar, Buenos Aires, junio de 2012, p. 515.

Ministerio Público. El artículo 21, en su primera parte, expresa que “Podrán demandar la declaración de concurso mercantil cualquier acreedor del Comerciante o el Ministerio Público”. En España la Ley 22/2003 dispone que la apertura del concurso de acreedores puede ser instada tanto por el deudor como por los acreedores; en el primer caso, se denominará concurso voluntario, en tanto que en el segundo se denominará concurso necesario. Asimismo, en este último país se dictó la Ley 14/2013, denominada “Ley de Emprendedores”, que estableció un procedimiento extrajudicial para pequeños deudores que cumpliendo los recaudos que establece la legislación se califican de emprendedores, donde interviene un mediador concursal. Este último, conforme a la modificación que la Ley 14/2013 introdujo en el artículo 3.1 de la Ley 22/2003, cuenta con legitimación para instar el concurso de acreedores –denominado consecutivo– ante el fracaso del proceso de mediación.

V. Conclusiones

Consideramos que se deben buscar mecanismos que persigan la prevención de la insolvencia. Cuando la insolvencia se instala en una empresa produce consecuencias devastadoras, afectando los más variados intereses y resulta muy difícil en esa instancia alcanzar exitosamente la reestructuración empresarial.

La prevención de la insolvencia no es una cuestión exclusiva del Derecho Concursal. Por el contrario, pensamos que hay una función preconcursal que antecede la intervención concursal y que proviene del ordenamiento societario. Las normas del Derecho Societario que imponen la conducta que debe asumir un administrador frente a la pérdida de capital tienen naturaleza imperativa. Por lo tanto, cuando la sociedad empieza a experimentar una pérdida de capital social los administradores deben articular los mecanismos societarios para prevenir la insolvencia. No hacer lo que el ordenamiento exige genera responsabilidad.

Asimismo, en caso de que fracasen estos mecanismos societarios tendientes a superar la pérdida de capital social tienen el deber de exteriorizar una temprana presentación en concurso preventivo. No

hacerlo agravará la situación de insolvencia con grave perjuicio a la empresa y a los terceros. La falta de tempestividad concursal y la continuación de la explotación de la empresa que ha ingresado en insolvencia también generarán responsabilidad en los administradores.

Las razones expuestas nos llevan a concluir que es de trascendental importancia que los administradores tengan una estrategia jurídica en el diseño de un plan para evitar la insolvencia. La correcta estrategia jurídica en la prevención de la insolvencia es fundamental para conservar la empresa, menguar los daños a terceros y evitar la responsabilidad de los administradores.

Bibliografía

- ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, “Curso de obligaciones”, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. I.
- ARAYA, Miguel C., “Debate actual sobre el capital social”, en FARHI, Diana y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho Económico Empresarial. Estudios en homenaje al doctor Héctor Alegria*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. II, p. 1079.
- ARGERI, Saúl, “El acuerdo preventivo extrajudicial introducido en nuestra legislación concursal”, en *La Ley* 1984-A-787.
- BARAVALLE, Roberto y GRANADOS, Ernesto, “Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, Rosario, Liber, t. I.
- BARRERA GRAF, Jorge, “La empresa en el nuevo Derecho Mercantil italiano. Su influencia en el Derecho mexicano”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* (núm. 19), México, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-abril de 1954, p. 85.
- BOLOTNIKOFF, Pablo, “Acuerdos preventivos extrajudiciales”, en *La Ley* 2000-C-1334.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- CÁMARA, Héctor C., “El concurso preventivo y la quiebra”, Buenos Aires, Depalma, 1989, vol. III-A.
- CHOMER, Héctor y SÍCOLI, Jorge, “Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.

- CROVI, Daniel, comentario al art. 163 del Código Civil y Comercial, en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.); DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, t. I.
- DI TULLIO, José A.; MACAGNO, Ariel A. y CHIAVASSA, Eduardo N., “Concursos y quiebras. Reformas de las leyes 25.563 y 25.589”, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002.
- DOBSON, Juan I., “Interés societario”, Buenos Aires, Astrea, 2010.
- DURÁN MANTILLA, Juan Guillermo, “El presupuesto subjetivo-conductual en el concordato preventivo de la quiebra”, en *Dikaion*, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana, 1987, vol. I, p. 127.
- ENZ, Gustavo, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, en *Revista Derecho y Empresa* (núm. 4), Rosario, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, 1995, p. 198.
- ESCUPI, Ignacio A.; RICHARD, Efraín H. y ROMERO, José I., “Manual de Derecho Societario”, Buenos Aires, Astrea, 1983.
- ESCUPI, Ignacio A. y JUNYENT BAS, Francisco, “Concursos y quiebras”, Córdoba, Advocatus, 1995.
- “Derecho Concursal”, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- FARGOSI, Horacio, “Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales”, en *La Ley* 2002-D-1074.
- FARINA, Juan M., “Compendio de sociedades comerciales”, 1ª ed., Rosario, Zeus, 1989.
- “Derecho de las Sociedades Comerciales”, Buenos Aires, Astrea, 2011, t. 2.
- “Presente y futuro del Derecho Comercial”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 647.
- FERNÁNDEZ DE ANDREANI, Patricia, “Cooperativas prestadoras de servicios públicos”, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- FERRO, Héctor R., “Legislación de empresa”, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- FERRO ILARDO, Carlos A., “Proyección e incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad concursal”, en *La Ley Gran Cuyo* 2017 (marzo), p. 3.
- GADEA, Enrique, “Iniciación al estudio del Derecho Concursal”, Madrid, Dykinson, 2005.
- GARRONE, José Alberto, “Derecho Comercial”, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, t. I.

- GEBHARDT, Marcelo, “Prevención de la insolvencia”, Buenos Aires, Astrea, 2009.
- GERBAUDO, Germán E., “Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del Derecho Concursal”, en Doctrina Societaria y Concursal (núm. 295), Buenos Aires, Errepar, junio de 2012, p. 515.
- “Cesación de pagos”, Rosario, Nova Tesis, 2011.
- GRAZIABILE, Darío J., comentario al art. 1º de la LC, en GRAZIABILE, Darío J. (dir. y coaut.), *Régimen concursal. Ley 24.522. Actualizada y comentada*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, p. 181.
- “Fundamentos de Derecho Concursal. Nociones, antecedentes, evolución y crisis”, en Jurisprudencia Argentina 2004-II-946.
- “Manual de concursos”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, *e-book*.
- “Sobre los conflictos teóricos del APE. Naturaleza jurídica y presupuestos”, en La Ley 2006-E-1253.
- JUNYENT BAS, Francisco, “Criterios y directrices en el acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589”, en *Libro de ponencias de las Jornadas Nacionales de actualización y debate en Derecho Concursal*, Rosario, 17 y 18 de octubre de 2002, p. 63.
- MAFFÍA, Osvaldo J., “Crisis de los conceptos basilares del concurso comercial preventivo”, en La Ley 1979-C-693.
- “Metamorfosis de un concepto. De la cesación de pagos a la crisis empresarial”, en La Ley 1984-C-775.
- MANÓVIL, Ezequiel, “El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico”, en La Ley 2010-A-585.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos, “Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias”, Buenos Aires, Ábaco, 2003.
- MUGUILLO, Roberto A., “Ley de Sociedades Comerciales”, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
- NISSÉN, Ricardo A., “Control externo de sociedades comerciales”, Buenos Aires, Astrea, 2008.
- “Ley de Sociedades Comerciales”, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2010, t. I.
- PAOLANTONIO, Martín; LEGÓN, Pablo A. y CORNES SANGIAO, Santiago, Capítulo IX, “Sociedad anónima”, en GEBHARDT, Marcelo (dir.) y ROMERO, Miguel Álvaro (coord.), *Sociedades*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 271.

- PRONO, Ricardo, “El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial”, en La Ley 2003-F-1.
- RIBERA, Carlos E., “El acuerdo preventivo extrajudicial, antecedentes y la nueva legislación concursal”, en El Derecho 167-1163.
- RICHARD, Efraín H., “Crisis societarias: visiones encontradas: la societaria y la concursal”, en Revista de la Facultad (núm. 2011-2), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, p. 1.
- “El Derecho en el siglo XXI (la visión de un comercialista)”, en Revista de la Facultad (núm. 2014-2), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, p. 29.
- “La enseñanza y la investigación del Derecho Societario de crisis”, en Anuario XV (2013-2014), Córdoba, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2015, p. 351.
- RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando M., “Derecho Societario”, 1ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 1998.
- RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Concursal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, t. I.
- ROMERO, Miguel Álvaro, Capítulo V, “Vicisitudes y extinción”, en GEBHARDT, Marcelo (dir.) y ROMERO, Miguel Álvaro (coord.), *Sociedades*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 141.
- ROUILLON, Adolfo, “¿Girará hacia el voluntarismo la legislación concursal argentina?”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 235.
- “Reformas al régimen de los concursos. Comentario a la ley 22.917”, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- ROVIRA, Alfredo L., “Empresa en crisis”, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- SCHNEIDER, Lorena R., “La pérdida de capital social. Causal de disolución no prevista en el Código Civil y Comercial”, en La Ley 2016-C-908.
- SEGAL, Rubén, “Acuerdos preventivos extrajudiciales”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- TOBÍAS, José y DE LORENZO, Miguel, “El dolo en el Derecho Civil. Propuestas para una noción en eclipse”, en La Ley 2001-C-1102.
- TON, Walter, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, Buenos Aires, Errepar, 2005.
- TONÓN, Antonio, “El acuerdo preconcursal”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 79.
- VERÓN, Alberto V., “Sociedades comerciales”, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007.

REGULACIÓN DE LA VENTA AMBULANTE EN ROSARIO (2004-2016)¹

por PATRICIA IRIS GIQUEAUX²,
ADRIANA BEATRIZ GARCÍA³ y PAOLA PEPEY⁴

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Venta ambulante. Normativa municipal en Rosario. 3. Comiso de mercaderías, debido proceso legal y defensa en juicio. 4. Consideraciones finales. Bibliografía. Fuentes.

Resumen

La gran mayoría de los trabajos de investigación en el ámbito jurídico carecen de aportes para entender el Derecho como parte de la realidad social compleja en que vivimos. De este modo, el planteamiento teórico o empírico de determinadas cuestiones con relación al

¹ El presente artículo representa un avance de la investigación, que se encuentra en curso de desarrollo, en el marco del Proyecto “El principio jurídico de la buena fe posesoria y la venta ambulante en la normativa municipal de la ciudad de Rosario”, aprobado por SECyT: 1 DER 174, Facultad de Derecho, UNR, Rosario.

² Abogada; licenciada y profesora en Historia; doctora en Antropología Jurídica; investigadora Programa de Incentivos Docentes SECyT, Categoría III; docente adjunta de la Cátedra de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, UNR. E-mail: PGiquea0@gmail.com.

³ Licenciada y profesora en Historia; investigadora Programa de Incentivos Docentes SECyT, Categoría IV; secretaria de extensión CEDCU, Centro de Estudios sobre Diversidad Cultural, Facultad de Humanidades y Artes, UNR; docente adjunta de la Cátedra de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, UNR. E-mail: gadriana851@gmail.com.

⁴ Abogada; adscripta Cátedra Historia del Derecho, Facultad de Derecho, UNR.

Derecho como producto social suele provocar la necesidad de ensanchar los límites de lo que conocemos tradicionalmente definido como “el Derecho” o “lo jurídico”. Si bien existen numerosos trabajos desde la Antropología, Sociología e Historia, la problemática desde lo jurídico, que se propone en este artículo, en referencia a la venta ambulante y los sujetos involucrados, no ha sido abordada específicamente desde la normativa municipal rosarina, siendo por lo tanto un aporte que podrá permitir nuevas perspectivas de análisis, interpretación y estudio.

Abstract

The great majority of the research papers in the legal field lack input to understand the Law as part of the complex social reality in which we live. Thus, the theoretical or empirical approach of certain questions regarding the Law as a social product often provokes the need to widen the limits of what we know traditionally defined as “the right” or “legal.” Although there are numerous papers from Anthropology, Sociology and History, the problem from the legal point of view, which is proposed in this article, in regards to street vending and the subjects involved, it has not been specifically addressed in the municipal regulations of Rosario, being therefore a contribution that may allow new perspectives of analysis, interpretation and study.

Palabras clave

Venta ambulante. Normativa municipal. Sujetos involucrados.

Keywords

Street vending. Municipal regulations. Subjects involved.

1. Introducción

La venta ambulante o callejera, actividad de comercio informal, ha proliferado en las últimas décadas en los paisajes urbanos de sociedades como la nuestra, signadas por la desocupación y la creciente afluencia de grupos cada vez más numerosos, que se encuentran im-

pedidos de acceder al circuito del empleo formal. La ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina, cuenta desde hace varios años, entre sus actividades comerciales, con numerosos puestos callejeros, con paño al piso o improvisados tableros, diseminados en la zona centro (I) y barrios aledaños. En dicho contexto, y tomando como marco regulatorio la normativa municipal vigente, interesa el abordaje del tratamiento y resolución de casos derivados del ejercicio de dicha actividad en la vía pública, y los grupos de personas que desarrollan este tipo de trabajo informal, quienes pueden percibirse como “especialmente vulnerables”, dado que deben tenerse en cuenta razones particulares de enfermedad, discapacidad, desocupación, pobreza, sexo, edad, nacionalidad, condición sociocultural y socioeconómica, etcétera.



(I) Relevamiento puestos de venta ambulante en el centro de la ciudad (2016)

Visualizar y definir a quiénes se considera dentro de esta categoría conlleva no sólo el análisis de quiénes son los sujetos o grupos que integran este colectivo, sino además de sus reales posibilidades de supervivencia a la luz de las actividades permitidas por la ley. De este modo, la problemática que presentan escenarios como el nuestro, signados por el capitalismo financiero y sus consecuencias de globaliza-

ción, marginación y precarización crecientes relativas a la posmodernidad⁵, son características de la cultura hoy dominante. En ella se evidencian algunos niveles de esta “complejidad epocal”⁶, que se manifiestan en el incremento de los efectos del capitalismo financiero y la correlativa proliferación de la miseria, creciente desocupación y exclusión, con sus efectos sociales de multiplicidad cultural, entre otros. Ello comporta nuevas problemáticas que son, también, de naturaleza política y jurídica. En este sentido, el concepto de “complejidad” resulta una categoría de análisis fundamental para el estudio de la sociedad y el Derecho. En el desarrollo y fundamentación de tal concepto es dable destacar la teoría luhmanniana⁷, en la que se plantea que la teoría jurídica no es sino una concreción para el análisis de un tema específico y apunta a poder dar cuenta del fenómeno social en su conjunto, y no sólo de aspectos parciales de éste, tal como era el caso del Derecho que venía siendo tratado sólo desde la perspectiva de la teoría legal como un complejo de normas, en abstracción del comportamiento social real. El Derecho se institucionaliza en el plano de la sociedad y, en consecuencia –sostiene Luhmann–, su evolución depende de la evolución de la sociedad⁸. Por ello, el autor critica afirmaciones tales como que “existen conexiones” entre el Derecho y la sociedad, y señala que deben ser especialmente evitadas, dado que presuponen que el Derecho es algo que se encuentra fuera de la sociedad. Afirma, por el contrario, que “El sistema legal es un sistema funcional diferenciado dentro de la sociedad. En consecuencia, en sus mismas operaciones, el sistema legal está continuamente embarcado

⁵ CIURO CALDANI, M. Á., “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado. Historia”, Cap. V, “La «posmodernidad»”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2003, ps. 125 a 135.

⁶ CÁRCOVA, C. M.^a, “Complejidad y Derecho”, en *Doxa*, 21-II, Buenos Aires, 1998, ps. 65/66.

⁷ LUHMANN, N., “Rechtssoziologie”, en *Reinbeck (Rowohlt)*, 2ª ed. ampl., Opladen, 1972, 2 vols. Fue consultada en este caso la traducción italiana de esta obra: “Sociología del Diritto”, Laterza, Bari, 1977; GIMÉNEZ ALCOVER, P., “El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann”, en *Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona*, Bosch, Barcelona, 1993, e IZUZQUIZA, I., “La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría del escándalo”, Anthropolos, Barcelona, 1990.

⁸ LUHMANN, op. cit., 1977.

en la autorreproducción (autopoiesis) de la totalidad del sistema social, tanto como de la suya”⁹. Sólo el adecuado nivel de complejidad de un sistema social opera como garantía de la justicia, y así la justicia es una consecuencia del adecuado nivel de complejidad de un determinado sistema social, y ésta es la condición para la generación de un pensamiento complejo¹⁰. Por todo esto es que el concepto de complejidad aparece estrechamente vinculado al concepto de Derecho, y siendo la toma de decisión el centro de gravedad tanto del Derecho como de la complejidad, una teoría de la decisión jurídica debe abordarse desde dicha teoría, superando la visión tradicional del sistema analítico de decisión, basado en una aproximación epistemológica de tipo positivista. Hoy se tornan predominantes los procesos de decisión compleja, fundados en una epistemología constructivista que reivindique criterios de unidad y apertura sistémica, junto con recursividad transformacional y perspectiva teleológica¹¹.

Dentro del colectivo de vendedores ambulantes y engrosando su número, se han sumado en las últimas décadas minorías étnicas claramente diferenciadas desde lo físico y sociológico, pero invisibilizadas por la generalización de la norma positiva, migrantes extranjeros procedentes de distintos países sudamericanos, como Perú, Bolivia, Paraguay, etcétera, como así también –en los últimos años– provenientes del continente africano, que han ingresado a nuestro país en calidad y por razón de ser refugiados de guerra.

La mayoría de ellos se hallan al margen de la legalidad municipal, ya que se encuentran desprovistos tanto de un capital humano específico, que les pudiera garantizar su entrada en ocupaciones de cualificación, como de un capital humano general adecuado (idiosincrasia, hábitos y costumbres sociales del país de acogida, conocimiento del idioma, canales informales de integración económica, etc.), que per-

⁹ LUHMANN, N., “El Derecho como sistema social”, en *No Hay Derecho*, 11, Año V, trad. de Christian Courtis, Buenos Aires, octubre de 1994, p. 29.

¹⁰ CIURO CALDANI, M. Á., “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en *El Derecho* 126-1998-884 y ss.; MORIN, E., “El método I”, Seuil, París, 1977, p. 19, y también resultan pertinentes sus conceptos sobre “multidiversidad” y “transdisciplinariedad”.

¹¹ CÁRCOVA, op. cit., ps. 65/66.

mitiera su posible inserción en el mercado laboral. Tales características acentúan sus diferencias y los torna aún más vulnerables, respecto del colectivo de personas necesitadas de sustento y de trabajo, pasando a una situación de clandestinidad laboral, dentro del mercado urbano deprimido por las secuelas de la globalización económica y engrosando los “números negros” de la economía sumergida¹² dentro del sector informal de la economía o “subclase urbana”¹³, en tanto mano de obra poco calificada o no calificada.

En relación con los casos y sujetos en análisis, se observa que ellos han migrado o huido de sus países de origen por carecer de oportunidades de trabajo, por causa de crisis económicas, desastres bélicos, conflictos armados, dictaduras o violencia generalizada. Respecto del país de acogida, el Estado argentino, en los casos de refugiados de guerra, desde el momento en que llegan a puerto, les otorga un estatuto legal, asilo, seguridad, protección y documentación en forma expedita, lo que otorga legalidad a su residencia en el país. Sin embargo, para el resto de los migrantes extranjeros que no ingresan con motivo de refugio, su situación de residencia y permanencia, en la mayoría de los casos como ilegales, complica sus posibilidades de inserción y de trabajo.

Ello genera marcadas situaciones de tensión y conflicto entre la legislación vigente y la realidad social, que con su dinámica interpela y confronta al Derecho con el surgimiento de nuevos fenómenos y problemáticas que la ley debería contemplar y regular. En este sentido, y en coincidencia con lo expresado por autores como Roberto Bergalli, esas características se ven agravadas por la marcada tendencia de la Economía, donde el problema es de simple justicia social, de aguda desigualdad material, de marcada desproporción de recursos y de distribución de ingresos¹⁴.

¹² MARTÍNEZ VEIGA, U., “El otro desempleo: la economía sumergida”, en *Cuadernos de Antropología*, 10, Anthropos, Barcelona, 1989.

¹³ “*Enderclass urban*”, concepto de CROSS, M., “Economic change, ethnic minority formation and new identities in Europe”, en *Working paper for the Symposium on transnationalism, Nation-state building and culture*, Werner-Gren Foundation for Anthropological Research, 1994.

¹⁴ BERGALLI, R., “Protagonismo judicial y sistema político”, en *No Hay Derecho*, 10, Año IV, Buenos Aires, diciembre de 1993-marzo de 1994, ps. 5 a 10.

En consecuencia, el presente trabajo tiene la pretensión de abordar la referida problemática a la luz de una perspectiva más amplia, en la aspiración de hallar caminos y alternativas que permitan el tratamiento y resolución de tales casos y problemas en toda la complejidad que los mismos implican en tanto fenómenos sociales multiculturales. Repensar y aplicar el Derecho desde un enfoque no sólo normativista, superando la “simplicidad pura” kelseniana¹⁵, para mostrar al fenómeno jurídico en su profunda relación con la vida, nos brindará bases para pensar el Derecho con miras a la justicia. Por ello ésta es, a nuestro parecer, la base metodológica más adecuada y esclarecedora para revelar los aspectos de la convivencia humana desde una perspectiva interdisciplinaria, posicionada principalmente desde el punto de vista del Derecho en cuanto a la normativa vigente y la antinomia que se plantea respecto de ésta y las nuevas realidades que la misma no contempla, buscando en el análisis de sentencias dictadas en “casos testigos” identificar su dinámica de relación en la trama social y legal, ante situaciones de desprotección y vacío legal.

2. Venta ambulante. Normativa municipal en Rosario¹⁶

Al respecto, se observa, en materia de faltas, contravenciones o infracciones municipales, que desde la sanción del Código Municipal de Faltas de Rosario, en 1981, por Ordenanza N° 2783, se estableció un criterio prohibitivo a través de una normativa que trataba en forma genérica el tema de la venta ambulante o callejera, ya que la norma marco sobre el particular, que es el artículo 602.29, tanto en la primera versión del Código como a través de las sucesivas reformas de 1997 y de 2004, sanciona con pena de multa y con las penas accesorias de

¹⁵ GOLDSCHMIDT, W., “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987; CIURO CALDANI, “El trialismo...” cit., p. 3.

¹⁶ Se ha realizado un análisis desde el punto de vista del Derecho Comparado, con normativas municipales, tales como: el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, Ordenanzas de la ciudad de Villa María, Córdoba, como así también legislaciones extranjeras, como la de la ciudad de Sevilla, España, y la de Jalisco, México, entre otros, dado que poseen realidades semejantes, a fin de indagar respecto a similitudes y diferencias. Trabajo no expuesto en el presente, ya que el mismo amerita un capítulo especial que excede los lineamientos de este artículo.

comiso y/o arresto de hasta 15 días a quienes ejercieran dicha actividad, careciendo de permiso, sin distinción alguna respecto a rubros, casos especiales, categorías, personas o nacionalidades.

No obstante, y sin que sea modificada la estructura ni el articulado del Código, a partir del año 2004 se produjo un proceso a través de sucesivas ordenanzas y decretos municipales sobre el particular, que reflejan un cambio de criterio, principalmente en el sentido de regular, ordenar y disciplinar la actividad de venta ambulante en el espacio público, sin variar, no obstante, el tipo de pena ante la falta de los permisos requeridos¹⁷. La primera de ellas, sancionada el 12 de julio de 2004, N° 7703, deja plasmado en sus considerandos el fundamento de dicho cambio de criterio, manifestando que su elaboración e implementación tuvo como finalidad el intento de paliar una de las grandes crisis económica, financiera y social de la Argentina. Destaca, asimismo, que “toda persona física como jurídica cuenta con el sustento legal de nuestra carta magna que establece en el artículo 14 el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita”¹⁸. En el mismo sentido, y citando a la anterior, expresan sus fundamentos las Ordenanzas N° 8480 del 3 de octubre de 2009 –modificatoria de la primera– y N° 8551, sancionada el 6 de agosto de 2010, partiendo del reconocimiento de la realidad social de crisis económica que afecta a la economía local y regional y argumentando que el otorgamiento de permisos para la comercialización de mercaderías en la vía pública sería una de las mínimas soluciones o medidas posibles para superar dicha problemática. Todas las ordenanzas parten de la necesidad de tomar medidas tendientes a regularizar situaciones que se encontraban funcionando de hecho, estableciendo para ello requisitos, condiciones y controles que deben cumplirse para el ejercicio del comercio que se realice en la vía pública dentro del ejido urbano de Rosario. Todas ellas constituyen norma marco de aplicación en los tribunales municipales de

¹⁷ Artículo 602.29 de la Ordenanza Municipal N° 2783/81, Código Municipal de Faltas de la ciudad de Rosario y sus modificatorias, Ordenanza N° 7773/2004 y Ordenanza Municipal N° 8772/2011; Ordenanza Municipal N° 7703/2004, art. 4°; Ordenanza Municipal N° 8480/2009; Ordenanza Municipal N° 8551/2010, art. 4°, y decretos 2280/2004 y 1818/2014.

¹⁸ Ordenanza Municipal N° 7703/2004, considerandos.

faltas y son complementarias del texto del Código de Faltas de la ciudad. Establecen requisitos para acceder a los permisos; determinan cuáles son los rubros comercializables permitidos y los prohibidos; fijan cuál habrá de ser la cantidad de cupos anuales para el otorgamiento de dichos permisos, como así también se regula la precariedad de los mismos, los que deberán ser renovados anualmente; las condiciones de la instalación con paradas o puestos fijos, que tienen en cuenta el no entorpecimiento del tránsito de peatones, ni la obstrucción de la visión vehicular, ni tampoco la turbación del uso y goce del propietario o habitante del inmueble frente al cual se instale. Especialmente, dichas normativas consideran cuestiones que hacen al orden público, a la seguridad, salubridad e higiene y al resguardo de los intereses de terceros, prohibiendo a los vendedores ambulantes ubicarse a menos de treinta metros de un negocio del mismo ramo ya establecido. Asimismo, precisa con detalle una zonificación de la ciudad y además cuáles son las actividades permitidas y prohibidas en cada una de dichas zonas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la actividad de venta ambulante o callejera implica la ocupación de las aceras, y siendo éstas parte del dominio público municipal, los permisos que se otorgan son excepciones, y por ello el acto administrativo que los concede siempre tiene carácter de “precario”, dado que la permisibilidad implica en sí misma el carácter de precariedad de los mismos¹⁹.

Resulta interesante, respecto del análisis de la normativa municipal vigente, observar ampliaciones del criterio original prohibitivo, que muestran aspectos de carácter más inclusivo, tal como es el caso de la modificatoria sancionada en 2009 del artículo 10 de la citada Or-

¹⁹ La adquisición de un derecho especial de uso de los bienes del dominio público requiere de un acto específico del Estado que lo otorgue. Dentro de este marco de “uso especial del dominio público”, los códigos tributarios municipales y las ordenanzas impositivas anuales comúnmente hacen referencia al “derecho de ocupación del dominio público” y a los “permisos de uso”, dado que los particulares beneficiarios deberán tributar a la Municipalidad una suma en concepto de canon. Cfr. con INCICCO, O. C., “La propiedad pública municipal”, trabajo impreso de uso interno para los alumnos de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; MARIENHOFF, M. S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; Código Tributario de la Municipalidad de Rosario, Decreto-Ordenanza N° 9476, del 23-11-78.

denanza del 2004, dado que en un principio tal artículo establecía que no podría otorgarse más de un permiso por cada grupo familiar, y por Ordenanza N° 8480/2009 se fija que podrán otorgarse hasta tres permisos por grupo familiar. En este mismo sentido, se advierte que en las sucesivas normativas se va delineando un procedimiento de detección y constatación de las faltas que define el accionar de los agentes municipales al establecer respecto a los infractores distinciones subjetivas de criterio con relación a “primera falta” y “reincidencia”, determinando que “A la primera falta, se expedirá sólo una notificación formal, donde se informarán por escrito las penalidades que conllevan las subsiguientes violaciones a la norma y se entregará copia de la Ordenanza para su conocimiento...”²⁰ Asimismo, el artículo 37 del decreto 1818, sancionado en agosto de 2014, describe con mayor detalle el procedimiento a seguir por los inspectores en los operativos callejeros que afectan al espacio público, por lo cual brinda aún mayor cantidad de elementos a los jueces de faltas, al momento del tratamiento de la causa y de su resolución, en aquellos casos que no se atuvieran a lo normado para dichos procedimientos, dado que la última normativa sancionada mejora las oportunidades de los vendedores ambulantes, precisando que “Cuando se compruebe la exhibición y/o venta de mercaderías en la vía pública sin la correspondiente autorización, el funcionario actuante intimará al vendedor o responsable al retiro de las mismas en un plazo no mayor de 24 horas, labrando la correspondiente acta. Si se persistiere en tal actitud, podrá ordenarse el secuestro de la mercadería, con la correspondiente remisión de los antecedentes al Tribunal Municipal de Faltas [...] El material secuestrado se depositará en el lugar que estime el municipio y estará a disposición del Tribunal de Faltas”²¹. En consecuencia, en la actualidad, los juzgadores tienen la posibilidad de desestimar el acta labrada, partiendo de nulificar el procedimiento que diera lugar al secuestro, al constatarse que el imputado resulte ser infractor primario y que no ha sido intimado previamente, mediante acta escrita por el inspector, al retiro de las mer-

²⁰ Ordenanza Municipal N° 7703/2004, en *Infracciones y sanciones*, art. 19, y *Caducidad-sanción*, art. 20, y decreto reglamentario 2280/2004.

²¹ Decreto 1818/2014, art. 37.

caderías en infracción, como requisito previo al secuestro. En dichos supuestos, los jueces pueden proceder a ordenar la devolución de los elementos y objetos secuestrados valiéndose del recurso heterónimo del principio de buena fe posesoria para la acreditación de la propiedad de los mismos, ya que dicho principio no se encuentra incorporado expresamente en la normativa municipal rosarina²². No obstante, no deja de advertirse que, pese a los cambios en la regulación normativa, la misma aún no permite hacer visibles los casos y la especificidad real de la problemática concreta de los extranjeros y de los refugiados africanos y todo ello deviene en sentencias que en la mayoría de los casos generan conservación del orden prohibitivo, con el sentido de

²² Algunos de los fallos consultados: Sentencia del Tribunal Municipal de Faltas de Rosario, en adelante STMFR: dictada en fecha 10-12-2007, en Acta 8531, a Doudas David Bangoura, nativo de Conakry, Guinea Occidental, África, DNI 94.156.162, tramitado mediante expte. 42.234/2007 del Ministerio del Interior, Registro Nacional de las Personas, resolución: “Condena de severa amonestación sin monto de multa y apercibimiento de atenerse en lo sucesivo al estricto cumplimiento del alcance del permiso de venta ambulante, en virtud de su falta de antecedentes y restitución de las mercaderías y elementos secuestrados, conforme a haber acreditado su tenencia y al principio de buena fe posesoria del artículo 2412 del CCA”; STMFR, de fecha 24-8-2009, en Acta 16.591, a Rubén Darío Perea, argentino, DNI 28.146.516, resolución: “Multa mínima de cien pesos (\$ 100) en suspenso, atento a los antecedentes del imputado, con más la pena accesoria de comiso de los objetos secuestrados (setenta y dos lentes de sol) por resultar rubro prohibido por la normativa vigente por afectar a la salud, los que serán remitidos a la Dirección General del Tribunal Municipal de Faltas, a sus efectos”; STMFR, de fecha 18-1-2012, en Acta 21.981, a Lucio Tsakim Chávez, de nacionalidad peruana, pasaporte 4.757.961, resolución: “Multa de cien pesos (\$ 100) en suspenso, con más la accesoria de comiso de los objetos y mercaderías secuestradas, dándose a las mismas el destino de donación a entidad de beneficencia infantil”; STMFR, de fecha 19-9-2014, en Acta 27.331, a Mamadou Mbacke Dieng, nativo de Senegal, África, DNI 95.169.049, resolución: “Desestimar la causa y acta de la imputación que pesa sobre el encartado conforme a lo normado en el artículo 401.1.7 del CMF, por existir vicio o defecto formal en la realización del procedimiento normado en la normativa vigente, OM N° 7703/2004 en su artículo 20 y conforme a lo normado por el artículo 37 del decreto 1818/2014, por haber sido intimada previamente persona distinta al imputado, siendo aquélla Dieng Moussa, DNI 95.169.046. Y restituir la posesión de las mercaderías y objetos secuestrados, en la cantidad y estado en que ellas se encuentran conforme al principio jurídico de buena fe posesoria”; todas ellas, sentencias que se hallan en el Archivo General del Tribunal de Faltas de la Municipalidad de Rosario.

desalentar las actividades de venta callejera con multas y comisos. Ello es así dado que su condición especial se invisibiliza entre todos los demás casos de personas que en la ciudad solicitan este tipo de trabajo informal, también vulnerables por ser madres jefas de hogar, desempleados, discapacitados, adultos mayores, etcétera, que no tienen cabida en el mercado laboral de la economía formal. Sólo en algunos casos resultan beneficiados con dichos permisos los extranjeros, tanto migrantes como refugiados, dado que en la norma no se reconoce la de ellos como una situación de vulnerabilidad especial, la que es más grave aún por razones culturales o idiomáticas que el resto de los peticionantes, tratándose, desde la ley municipal, a todos aquellos que integran el colectivo de “vendedores ambulantes” como iguales²³.

Entre el colectivo de extranjeros que realizan la actividad de venta ambulante en la ciudad de Rosario debe distinguirse que la mayoría de ellos no posee permisos de habilitación, dado que en la mayoría de los casos los peruanos, paraguayos y bolivianos no poseen residencia legal, lo que impide el inicio del trámite ante la Municipalidad y su inscripción en el Registro de Postulantes. Para dicha inscripción son requisitos excluyentes: tener domicilio en la ciudad de Rosario, con al menos dos años de residencia, no contar con otro medio de subsistencia dentro del grupo familiar que integran y cumplir con las exigencias estipuladas en la Ordenanza y las reglamentaciones que disponga el Ejecutivo Municipal²⁴. La evaluación de las solicitudes está a cargo de la Dirección General de Habilitación de Industrias, Comercios y Servicios de la Municipalidad de Rosario mediante la meritución de los inscriptos, confeccionándose un orden de prelación entre ellos y otorgándose prioridad a quienes demuestren antecedentes y antigüe-

²³ Al respecto, pueden valorarse como ejemplo los datos aportados por la Dirección General de Habilitaciones de la Municipalidad de Rosario, respecto a los permisos para venta ambulante. Entre los otorgados y renovados para el año 2015, son en total unos 320, conforme al cupo, siendo la mayoría de ellos expedidos para discapacitados que acrediten tal condición mediante los correspondientes certificados y sólo algunos para extranjeros. Entre ellos, 25 para africanos refugiados (12 senegaleses musulmanes y 13 de otros países católicos africanos). Existe una lista de espera con solicitudes de permiso que es de 1.800 aproximadamente por cada año.

²⁴ Ordenanza Municipal N° 7703/2004, art. 4°, *Requisitos*; art. 6°, *Registro de Postulantes*; art. 7°, *Orden de prelación*.

dad de estar desarrollando este tipo de actividad comercial, tanto en el rubro como respecto a la localización²⁵. En los restantes artículos se refiere que los permisos serán personales e intransferibles y que ninguna persona podrá ser titular de más de un permiso, el cual deberá ser usufructuado personalmente por el titular, y el mismo se hará efectivo por medio de una credencial habilitante que será entregada por la Dirección²⁶.

A diferencia de los demás extranjeros que realizan venta ambulante en la ciudad, cuya composición es heterogénea en cuanto a sexo y edades, se observa que los africanos constituyen un pequeño grupo homogéneo, entre veinticinco y treinta individuos, en su casi totalidad varones jóvenes, a los que al llegar a puerto, después de haber viajado como polizontes ocultos en barcos cargueros, tras haber huido de los ataques a sus pueblos o aldeas de origen, obtienen el status jurídico de refugiados de guerra, obteniendo en forma expedita protección, refugio y documentación. Por lo tanto, ellos se encuentran en condiciones de inscribirse en el Registro de Postulantes. Así, también debe tenerse en cuenta que la llegada de ciudadanos africanos a nuestras costas pasó a ser muy frecuente a partir del boom sojero ocurrido, aproximadamente, desde el año 2000, dado que los buques procedentes de oriente que descargan arroz en Guinea para levantar soja en la costa argentina comenzaron a multiplicarse²⁷. En cambio, la migración de

²⁵ Con respecto a la “localización”, la Ordenanza establece dos formas para el ejercicio del comercio en la vía pública dentro de la ciudad: “comercio ambulante”, que es la actividad de comercio en la que el titular del permiso podrá movilizarse dentro de un sector determinado por la autoridad municipal sin estacionarse en un punto fijo, y “comercio con parada determinada y móvil”, como la actividad de comercio en la que el titular del permiso se instala, con elementos móviles, en un sitio determinado por la autoridad municipal sin desplazarse (art. 2º, *Definiciones*). No obstante, debe señalarse que conforme al relevamiento que hemos efectuado y que se refleja en el mapeo del punto 1 del presente artículo, los vendedores ambulantes –tengan o no permiso– se agrupan en las aceras céntricas conforme a los rubros que comercializan y a las nacionalidades de los mismos.

²⁶ Ordenanza Municipal N° 7703/2004, art. 9º, *Precariedad de los permisos*, y art. 10, *Limitaciones, Credencial*.

²⁷ En especial se destaca el Complejo Portuario San Lorenzo-Puerto San Martín, en la orilla occidental del río Paraná, situado a 23 km al norte de la ciudad de Rosario, y dentro de su área metropolitana, dado que los puertos instalados en su distrito

otras nacionalidades viene siendo un flujo constante desde hace varias décadas, inscribiéndose sus características dentro del fenómeno global, presente en prácticamente todas las sociedades, culturas y países, aunque alcanzando, en la actualidad, niveles inéditos.

En cuanto al instituto del refugio, nuestro país ha adherido a los pactos y convenios internacionales y al Derecho Internacional Humanitario mediante leyes del Congreso nacional, otorgándoles obligatoriedad con preeminencia sobre las leyes nacionales. En este sentido, el reconocimiento de la condición de refugiado está dirigido a brindar protección internacional y el Estado argentino, a través de la Comisión Nacional para los Refugiados (Conare), asume el compromiso de propugnar para que los organismos internacionales, provinciales y municipales provean la asistencia humanitaria básica que requiera su situación económica y su dignidad como persona²⁸, y en particular, en lo que concierne a la protección de los derechos de los refugiados, su asistencia e inserción en la vida social y económica del país²⁹. No obstante este reconocimiento por parte del Estado nacional de la condición de refugiado como situación de vulnerabilidad especial, no se halla reflejada esta concordancia ni reconocimiento expreso de la situación y status de los refugiados en las normativas municipales de Rosario respecto de la actividad de venta ambulante o callejera, en cuanto al otorgamiento de un tratamiento o tutela especial.

integran la principal zona portuaria del país, conocida como el “Up-River”. El Complejo es un grupo de terminales de embarques y de muelles privados para cereales, subproductos, aceites, combustibles, hidrocarburos, minerales, químicos y petroquímicos. Constituye el polo exportador más importante a nivel nacional y a sus terminales llega la producción cerealera de un vasto “*hinterland*” del centro, litoral y noroeste del país.

²⁸ En el año 2006 fue sancionada la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165, primera ley nacional sobre la materia, que significó un avance cualitativo sobre el particular y ha sido considerada como un aporte fundamental y una ley modelo para el desarrollo de la temática en la región. En base a estos fines, y a la citada ley, se creó la Comisión Nacional para los Refugiados (Conare), en el ámbito del Ministerio del Interior. Debe destacarse que la incorporación a nuestro plexo normativo del Instituto Internacional del Refugio, realizado mediante convenio con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), refleja el espíritu democrático de la legislación argentina, especialmente ratificado a partir de la sanción en agosto de 2015 del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994).

²⁹ Art. 25, incs. b, c, y d, de la ley 26.165.

Se advierte así como es que la generalidad de la ley invisibiliza las notorias diferencias que existen en la realidad social, basándose en el postulado liberal de “igualdad ante la ley”, el cual ocasiona perjuicios graves a aquellas situaciones y casos que por su especificidad no pueden ser tratadas como iguales.

3. Comiso de mercaderías, debido proceso legal y defensa en juicio

También deben considerarse las ocasiones de secuestros de las mercaderías en la vía pública, efectuados por los agentes municipales que hubieren detectado a las mismas siendo exhibidas para su venta sin el debido permiso o con alguna irregularidad en el cumplimiento de la normativa vigente. A los efectos del rescate de los mismos, el vendedor ambulante debe presentarse en el Tribunal de Faltas de la ciudad para que los jueces determinen mediante el análisis de las causas y con sus sentencias si sus mercaderías le serán restituidas, o por el contrario comisadas y puestas a disposición de la Municipalidad, mediante condenas de multa y comiso de los objetos secuestrados, por estar así previsto como pena en la norma vigente para este tipo de falta, una vez que se encuentra tipificada la conducta contraventora. Cabe señalar que el comiso implica un tipo de pena que consiste en la pérdida de las mercaderías o los objetos que fueron hallados en contravención³⁰. La pérdida de las mercaderías, las que constituyen una de las pocas herramientas que les permite obtener sustento diario, también repercute en el agravamiento de la vulnerabilidad de estos sujetos, limitando sus posibilidades de alimento, salud, vivienda y dignidad humana. Ante estos casos, debe considerarse que las consecuencias no son sólo jurídicas, sino también antropológicas, sociológicas y éticas. Debe tenerse en cuenta que ordenar el comiso de las merca-

³⁰ Cfr. artículo 102 del Código Municipal de Faltas de Rosario y asimismo para el tipo de falta y tipos de pena también cfr.: art. 602.29 de la Ordenanza Municipal N° 2783/81, Código Municipal de Faltas de la ciudad de Rosario y sus modificatorias, Ordenanza N° 7773/2004 y Ordenanza Municipal N° 8772/2011; Ordenanza Municipal N° 7703/2004, en *Infracciones y sanciones*, art. 19, y *Caducidad-sanción*, art. 20; Ordenanza Municipal N° 8480/2009, Ordenanza Municipal N° 8551/2010 y decretos 2280/2004 y 1818/2014, art. 37.

derías puede significar el aislamiento no sólo económico, sino también social, debido no sólo a las barreras culturales y lingüísticas referidas, sino también a la escasa o nula formación educativa y profesional de los mismos, que dificultan al extremo su inserción y adaptación a una sociedad extraña.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la forma en que se devuelven o comisan las mercaderías secuestradas en ocasión de los operativos callejeros se encuentran dentro del marco procedimental reglado por el Código Municipal de rito. Dicho proceso se instrumenta mediante una audiencia, que es la etapa procesal oportuna en la que se le hace conocer al imputado cuáles son las infracciones que se le atribuyen, y en ese acto tiene ocasión de ofrecer descargo y aportar pruebas en su defensa³¹. No obstante y pese a la participación que se le da al imputado en dicha audiencia, donde es oído personalmente, en muchos de los casos de extranjeros se produce la vulneración del principio constitucional de debido proceso y defensa en juicio, dado que la barrera idiomática y cultural impide a los imputados no sólo alegar en su descargo, sino también la debida comprensión de nuestras leyes y por ende su correcto acatamiento, a lo que debe agregarse que ellos nunca o muy rara vez concurren al juicio asistidos o representados por profesional alguno, en salvaguarda y garantía de sus derechos.

A través de la contrastación y análisis del Derecho Comparado realizado resulta valioso sobre el particular el aporte del llamado “peritazgo o peritaje jurídico antropológico”³², constituyendo éste un medio

³¹ Art. 402.02.00 del Código Municipal de Faltas de Rosario.

³² Dicha institución de “peritazgo antropológico” se basa en la experiencia del caso colombiano, al producirse el surgimiento del Consejo Regional Indígena del Cauca, y más tarde aplicada en varios países de Latinoamérica, como Venezuela, Guatemala, Costa Rica y México, entre otros. Al respecto, fueron consultados: SÁNCHEZ BOTERO, E., “Peritazgo antropológico. Una forma de conocimiento”, en *El otro Derecho. Revista de Sociología Jurídica y Ciencias Políticas*, 12, vol. 4, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1992; “Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural”, 2ª ed., Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales-Unijus, Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos, Bogotá, 1998; Cumbre Judicial Iberoamericana, “Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, Brasilia, 2002; ZAMBRANO RODRÍGUEZ, C. V., “Apropiación y reconocimiento de los derechos de la universidad étnica: Antropología

que resulta eficaz en numerosos países latinoamericanos para garantizar una justicia que respete la identidad de pueblos y personas con culturas diferentes. Constituye un instituto que proporciona una forma de influir o ampliar el marco de decisión de los tribunales de justicia, haciendo de este modo visibles las diferencias de estos sujetos vulnerables pertenecientes a determinados grupos a los que la aplicación del principio de igualdad ante la ley perjudica. Porque quienes son juzgados por jueces que no participan de los mismos valores culturales y sistemas simbólicos necesitan ser asistidos por una posibilidad de defensa biológica y cultural que los contenga y los identifique, y este sistema se organiza en base a un servicio jurídico especial para estas comunidades, con la asistencia antropológica-legal mediante abogados y antropólogos en calidad de defensores y peritos. Tal propuesta e innovación presenta como objetivo mostrar la investigación y actuación pericial bajo la mirada de la disciplina antropológica-jurídica, la que es conducente heurísticamente a producir otro conocimiento que enfrente al de la justicia formal y lo complementa.

4. Consideraciones finales

El proceso de recodificación ha instaurado un cambio de paradigma, que se hace presente en la ampliación de la normatividad hacia una “constitucionalización” del mundo jurídico y es en este sentido que

jurídica para la globalización”, edición de Gisela María Rodríguez Ortiz, Uduval, México, 2003; “Constitucionalidad, inimputabilidad e inculpabilidad”, en *Interculturalidad*, Corporación Humanizar, Bogotá, 2004; “Derechos, pluralismo y diversidad cultural”, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007; SÁNCHEZ BOTERO, E. y GÓMEZ VALENCIA, H., “El peritaje antropológico como prueba judicial”, ponencia presentada en IV Congreso de Antropología Jurídica, Icanh, Bogotá, 2008; SÁNCHEZ BOTERO, E., “Los pueblos indígenas en Colombia: derechos, políticas y desafíos”, Unicef, Oficina del Área para Colombia y Venezuela, Bogotá, 2009; GUEVARA ROJAS, P., “El peritaje antropológico en Colombia”, trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de antropólogo dir. por Juan Pablo Vera Lugo, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Antropología, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 13-7-2010; ARIZA SANTAMARÍA, R., “Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de justicia intercultural en Colombia”, en IIDH (org.), *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de la pobreza desde su cosmovisión*, Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH, Costa Rica, 2010, ps. 13-34.

“El Estado moderno es por antonomasia un Estado de Derecho y por ende debe regirse por aquellas leyes que democráticamente dispone para regular los actos de gobierno, erradicando la arbitrariedad y juridizando la actuación de la Administración. Sin embargo, esto no excluye que el Derecho se aplique en forma igualitaria, sin discriminaciones; conforme lo ha establecido reiteradamente nuestra Corte Suprema nacional, es un carácter esencial del sistema democrático. Además, y siempre dentro del marco legal, las normas tiene que aplicarse en forma razonable, y ello implica descartar todo sistema automático para determinar las sanciones y contravenciones”³³.

Es de esperar entonces que el proceso general de constitucionalización del Derecho influya asimismo en la normatividad municipal, y que la incorporación de cláusulas generales posibilite tanto la vinculación intrasistemática entre las normas del propio Código de Faltas como la conexión intersistemática, por ejemplo, con la Constitución y los principios generales del Derecho, e incluso la relación extrasistemática con la remisión del juez, en tanto intérprete de la norma, fuera del sistema jurídico, para lograr la efectivización de determinados valores o directivas, optimizando el contenido de las normas protectoras, buscando entre las soluciones técnicas ofrecidas por el ordenamiento la que considere como más adecuada. Ello se condice con los valores que guían la estructura de la recodificación, partiendo de innovar profundamente, al receptar la constitucionalización no sólo del Derecho Privado, sino tendiendo hacia una base de principios comunes entre el Derecho Privado y el Derecho Público y la Constitución.

Especialmente, se destaca la preeminencia de los tratados en general y en particular los relativos a derechos humanos, lo que se evidencia en la constante protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de las minorías, etcétera. También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que deben ser tomados como normas de integración y de control axiológico, el que es necesario para que los

³³ CARRILLO BASCARY, M., “Comentarios al Código de Faltas Municipales de Rosario”, Libro IV, “De los procedimientos y Actos Iniciales”, FAS, Rosario, 1997, comentario al artículo 402.2, *Del Juicio*, ps. 87 a 89.

operadores jurídicos cuenten con guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, basándose en la integración y complementación de las mismas y a la utilización no sólo de reglas, sino de principios y valores. Precisamente con relación a las denominadas “guías de decisión”, una de las expresiones más difundidas y que tienen en la actualidad mayor influencia son las que ofrecen las teorías neoconstitucionalistas³⁴, haciendo referencia con ello a un marco teórico que alude a una ideología que se fundamenta en su apoyo al modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, poniendo de relieve la premisa de amparar los derechos fundamentales.

En este sentido, consideramos que la garantía de la realización de un régimen de justicia se encuentra en el indispensable amparo del individuo en pos de su fortalecimiento, el que se obtiene, en gran medida, mediante los derechos humanos, cuya finalidad se vincula con la de la democracia participativa. Por ello, “El resguardo de las minorías constituidas por los sujetos más débiles es un gran desafío para el régimen de justicia”³⁵. Sostenemos así que el humanismo contenido en el principio de justicia tiene como prioridad el respeto de cada individuo en su unicidad, su igualdad y su posibilidad de participación. En este sentido, es desde la democracia participativa desde donde debe acentuarse la atención a tales principios, debiendo concretarse a través de la consideración de las diversidades. Ello nos remite a los conceptos de “plurijuridicidad” e “interjuridicidad”³⁶, los que coadyuvan a la de-

³⁴ Algunos de sus promotores son autores como DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 2012; ALEXY, R., “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; CARBONELL, M., “Nuevos tiempos en el constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 9, y también COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía*, 16, 2002, p. 75.

³⁵ CIURO CALDANI, M. Á., “Comprensión integrativista tridimensionalista trialista de la participación en la democracia”, en *Giornale uici, un altro importante strumento di democrazia partecipativa*, 2012, p. 133.

³⁶ CIURO CALDANI, M. Á., “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en *Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 24, ps. 41 y ss., y también “Nuevos aportes integrativistas para la comprensión de la plurijuridicidad y la interjuridicidad”, en *Aportes integrativistas a la multiculturalidad y la interculturalidad*, XXVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Rosario, 10 al 12 de octubre de 2013.

finición y tratamiento del tema propuesto, dado que resultan procedentes para verificar la justicia y legitimidad.

Ante la cantidad y variedad de situaciones nuevas que impactan en la realidad social contemporánea, derivadas de los ajustes producidos por las condiciones de la economía mundial, se generan situaciones de injusticia extrema al cotejarse con la rigidez de normas que no permiten contemplar la posibilidad de considerar y receptar el cambio social producido. En este sentido, y en particular sobre la temática señalada, la omnisciencia que caracteriza a nuestros sistemas jurídicos radica en el influjo de un Derecho que, encasillado bajo un tipo de legislaciones y normatividades, excluye a otras, pertenecientes a sistemas de conocimientos completamente diferentes, los que entrañan también racionalizaciones distintas, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas³⁷. En casos como los aquí expuestos, en los que su realidad cultural resulta extraña a la nuestra, es donde se hace más notorio que el Derecho, en tanto institución positivamente concebida, ignora o soslaya el “derecho a ser diferentes”³⁸, el derecho de “los distintos”³⁹, en tanto situaciones y realidades que implican un desafío y una tarea nueva y compleja para emprender desde el Derecho. Así, el argumento igualitario de la acción positiva, esto es, desde la estructura de los derechos individuales comunes garantizada en nuestros sistemas jurídicos, está concebida para tratar a todas las personas por iguales ante la ley, aunque en realidad perjudica, o puede perjudicar, dejando en situación de riesgo a los miembros de una colectividad o grupo determinado. En este sentido, y siguiendo a Will Kymlicka, coincidimos en que “el resultado de la aplicación de los ordenamientos positivos liberales y aun de las doctrinas tradicionales sobre los de-

³⁷ FOUCAULT, M., “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa, Barcelona, 1980, y “Discipline and Punishment: The Birth of the Prison”, Vintage Books, New York, 1977.

³⁸ TERRADAS SABORIT, I., “Antropología jurídica: en torno al replanteamiento de Louis Assier-Andrieu”, en *Cuadernos del Departamento de Antropología Social y Cultural*, Facultad de Geografía e Historia, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1998.

³⁹ STOLCKE, V., “De padres, filiaciones y malas memorias”, en *Actas del VI Congreso de Antropología*, Tenerife, 1993.

rechos humanos es que las minorías culturales son vulnerables a injusticias significativas a manos de la mayoría”⁴⁰. El problema, entonces, respecto de los derechos de los “distintos” es que no sólo son objeto de exclusión, desde lo social, económico, laboral y cultural, sino que sufren un proceso de creciente vulnerabilidad, proceso al que el Derecho tal como está instituido contribuye, cuando debería ampararlos desde la tutela jurídica.

Finalmente, cabe destacar que las alternativas que ofrece el enfoque de las temáticas aludidas brindan la posibilidad de repensar mecanismos y estrategias que viabilicen el respeto y amparo a los sujetos más débiles, a las minorías excluidas o marginadas, teniendo como meta la realización de los principios de igualdad, unicidad, alteridad, participación democrática y plena vigencia de los derechos humanos.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert, “Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de justicia intercultural en Colombia”, en IIDH (org.), *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de la pobreza desde su cosmovisión*, Costa Rica, Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH, 2010.
- BERGALLI, Roberto, “Protagonismo judicial y sistema político”, en No Hay Derecho (10), Año IV, Buenos Aires, diciembre de 1993-marzo de 1994.
- CARBONELL, Miguel, “Nuevos tiempos en el constitucionalismo”, en *Neo-constitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- CÁRCOVA, Carlos María, “Complejidad y Derecho”, en Doxa (21-II), Buenos Aires, 1998.
- CARRILLO BASCARY, Miguel, “Comentarios al Código de Faltas Municipales de Rosario”, Rosario, FAS, 1997.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (24), 2000.

⁴⁰ KYMLIKA, W., “Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías”, Paidós, Barcelona, 1996, p. 18.

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Comprensión integrativista tridimensionalista de la participación en la democracia”, en *Giornale uici, un altro importante strumento di democrazia partecipativa*, 2012.
- “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en *El Derecho* 126-1998.
- “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado. Historia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.
- “Nuevos aportes integrativistas para la comprensión de la plurijuridicidad y la interjuridicidad”, en *Aportes integrativistas a la multiculturalidad y la interculturalidad*, Rosario, XXVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 12 al 13 de octubre 2013.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía* (16), 2002.
- CROSS, Michel, “Economic change, ethnic minority formation and new identities in Europe”, en *Working paper for the Symposium on transnationalism, Nation-state building and culture*, Werner-Gren Foundation for Anthropological Research, 1994.
- DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Barcelona, Ariel, 2012.
- FOUCAULT, Michel, “Discipline and Punishment: The Birth of the Prison”, New York, Vintage Books, 1977.
- “La verdad y las formas jurídicas”, Barcelona, Gedisa, 1980.
- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, “El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann”, en *Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona*, Barcelona, Bosch, 1993.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- GUEVARA ROJAS, Pablo, “El peritaje antropológico en Colombia”, trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de antropólogo dir. por Juan Pablo Vera Lugo, Bogotá, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Antropología, Pontificia Universidad Javeriana, 13-7-2010.
- INCICCO, Oscar C., “La propiedad pública municipal”, trabajo impreso para los alumnos de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- IZUZQUIZA, Ignacio, “La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría del escándalo”, Barcelona, Anthropos, 1990.

- KYMLIKA, Will, “Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías”, Barcelona, Paidós, 1996.
- LUHMANN, Niklas, “El Derecho como sistema social”, en No Hay Derecho (11), Año V, trad. de Christian Courtis, Buenos Aires, octubre de 1994.
- “Rechtssoziologie”, en *Reinbeck (Rowohlt)*, 2ª ed. ampl., Opladen, 1972, 2 vols.
- MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- MARTÍNEZ VEIGA, Ubaldo, “El otro desempleo: la economía sumergida”, en Cuadernos de Antropología (10), Barcelona, Anthropos, 1989.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther, “Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural”, 2ª ed., Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales-Unijus, Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos, 1998.
- “Los pueblos indígenas en Colombia: derechos, políticas y desafíos”, Bogotá, Unicef, Oficina de Área para Colombia y Venezuela, 2009.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther y GÓMEZ VALENCIA, Herinaldy, “El peritaje antropológico como prueba judicial”, Bogotá, ponencia presentada en VI Congreso de Antropología Jurídica, Icanh, 2008.
- STOLCKE, Verena, “De padres, filiaciones y malas memorias”, en Actas del VI Congreso de Antropología, Tenerife, 1993.
- TERRADAS SABORIT, Ignasi, “Antropología jurídica: en torno al replanteamiento de Louis Assier-Andrieu”, en Cuadernos del Departamento de Antropología Social y Cultural, Barcelona, Facultad de Geografía e Historia, Universitat de Barcelona, 1998.
- ZAMBRANO RODRÍGUEZ, Carlos Vladimir, “Apropiación y reconocimiento de los derechos de la universidad étnica: Antropología jurídica para la globalización”, edición de Gisela María Rodríguez Ortiz, México, Uduel, 2003.
- “Constitucionalidad, inimputabilidad e inculpabilidad”, en *Interculturalidad*, Bogotá, Corporación Humanizar, 2004.
- “Derechos, pluralismo y diversidad cultural”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2007.

Fuentes

Archivo del Tribunal Municipal de Faltas de la ciudad de Rosario, Santa Fe, Argentina.

Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, 2015.

Código Municipal de Faltas de la ciudad de Rosario y sus modificatorias.

Código Tributario de la Municipalidad de Rosario.

Conare, Comisión Nacional para los Refugiados, Ministerio del Interior, Argentina.

Cumbre Judicial Iberoamericana, “Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, Brasilia, 2002.

Decreto municipal 1818/2014.

Decreto municipal 2280/2004.

Decreto-Ordenanza Municipal N° 9476 (del 23-11-78).

Dirección General de Habilitaciones de la Municipalidad de Rosario.

Ley General de Reconocimiento y Protección del Refugiado 26.165.

Ordenanza Municipal N° 2783/81.

Ordenanza Municipal N° 7773/2004.

Ordenanza Municipal N° 8480/2009.

Ordenanza Municipal N° 8551/2010.

Ordenanza Municipal N° 8772/2011.

LA LITIGIOSIDAD REPRESADA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS SECTORES VULNERABLES

ANÁLISIS DE LOS JUZGADOS COMUNITARIOS DE
PEQUEÑAS CAUSAS EN LA PROVINCIA DE SANTA FE,
UNA JUSTICIA DE PROXIMIDAD Y DE CERCANÍA¹

por RAMÓN OSCAR ORREGO²

...Cómo no ha de naufragar la gran tutela de los derechos si las pequeñas cosas (que son las que más estima la gente, porque las afecta de manera más directa y sitiante) se hallan en total orfandad de protección (los tribunales vecinales, campañas de educación y comportamiento cívico, pequeños juzgados, docencia preventiva de daños, control efectivo de los productores por ligas de defensa de los consumidores, etc.).

MORELLO, Augusto M., *El proceso justo*, Platen-se Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 11.

SUMARIO: I. Introito. II. La estructura jurisdiccional de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas. III. La competencia de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas como expresión de administración de justicia en la Provincia de Santa Fe. Ley 13.178. IV. La competencia cuantitativa de los juzgados comunitarios de las

¹ Poder Judicial de Santa Fe, Informe III, “Diagnóstico, memoria e informe del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe”, http://www.justiciasantafe.gov.ar/estadisticas/Diagnostico_memoria_informe_III_edicion.pdf, 26-7-2016, p. 1.

² Abogado por la UNR. Mediador. Profesor universitario. Docente adjunto de “Historia Constitucional argentina”. Subdirector del Centro de Estudios de Historia Constitucional argentina “Dr. Sergio Díaz de Brito”. Resolución 573/2016. Universidad Nacional de Rosario. Doctorando, tesis: “Juzgados comunitarios de las pequeñas causas”.

pequeñas causas. Ley 13.178. V. El cambio de paradigma en la legislación a través de la ley 13.178. La litigiosidad represada en el contexto de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas. VI. Valoraciones sobre la puesta en marcha de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas, a través de los Informes III y IV del Poder Judicial. VII. Valoración de los datos estadísticos. VIII. Valoraciones de los Informes del Poder Judicial. IX. Como conclusión. X. Anexos. A. Informe del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Año 2013, publicado en 2016. B. Informe del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Año 2015, publicado en 2017. XI. Bibliografía.

Resumen

En este estudio intentamos resaltar los objetivos y definiciones de lo que hemos denominado la “litigiosidad represada” en el proceso de instauración de la Justicia Comunitaria de las Causas Pequeñas, ley 13.178/2011, en la Provincia de Santa Fe.

Asimismo, intentamos indagar, mediante el análisis de los Informes del Poder Judicial, desde el 2005 hasta la actualidad, cuáles son los mecanismos que instauran la normativa y cómo ello ha profundizado las barreras que impiden el acceso a los servicios de justicia a sectores vulnerables de la sociedad.

Asimismo, ponemos en el análisis la actuación del órgano que tiene la administración de uno de los tres poderes provinciales: la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

Como corolario, hacemos notar que parte de la estructura jurisdiccional ha sido renuente en otorgar las herramientas para que existiere un verdadero cambio de paradigma en la implementación de la Justicia de Proximidad y de Cercanía.

Abstract

In this study we try to highlight the objectives and definitions of what we have called the “repressed litigation” in the process of establishing the Community Justice of the Small Causes, Law 13.178/2011, in the Province of Santa Fe.

We also try to investigate, through analysis of the reports of the Judiciary, from 2005 to the present, what are the mechanisms that establish the regulations and how this has deepened the barriers that prevent access to justice services to vulnerable sectors of society.

Also, we put in the analysis the performance of the body that has the administration of one of the three provincial powers: the Supreme Court of Justice of Santa Fe.

As a corollary, we note that part of the jurisdictional structure has been reluctant to provide the tools for a true paradigm shift in the implementation of Proximity and Neighborhood Justice.

Palabras clave

La litigiosidad represada. Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas. Justicia de Proximidad y de Cercanía.

Keywords

Repressed litigation. Community Justice of the Small Causes. Justice of Proximity and Closeness.

I. Introito

Dentro de este estudio, ponemos de relieve los objetivos y definiciones de nuestra tesis doctoral que lleva por título “En el proceso de instauración de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas en la Provincia de Santa Fe existe una ‘litigiosidad represada’ para los sectores vulnerables en el acceso a la justicia en la Provincia de Santa Fe, la Justicia de Proximidad y de Cercanía”, analizando el deterioro de los mecanismos dispuestos por la normativa vigente, que es la base de su estructura³, por lo cual se entiende que la misma ha quedado varada entre el mecanismo tradicional de “baja justicia” de acceso restrictivo y la implementación de un cambio de paradigma de acceso general a la justicia para los sectores vulnerables.

Para ello entendemos que cuando referimos a la privación de acceso a la justicia de un colectivo que se denomina “sectores vulnerables” estamos haciendo referencia a los ciudadanos de nuestra Provincia que se ven impedidos de hacer valer sus derechos subjetivos ante los estrados judiciales.

³ En este sentido, creemos que es valorable hacer constar que la norma en estudio estructura su andamiaje a través de los principios de oralidad, simplicidad, informalidad, inmediatez, economía procesal y celeridad, resguardando prioritariamente el derecho de defensa de las partes.

Es sabido que en nuestro sistema de política judicial no hay impedimentos de raza, credo o pensamiento político para el acceso a la justicia, pero ellos no son los únicos mecanismos de impedimentos de acceso a la justicia. Así, compartimos la idea de que en nuestra sociedad existen barreras que impiden el acceso a la justicia, como ser las económicas, socioculturales, educativas-territoriales y de procedimientos legales⁴.

En este sentido, entendemos que hay una privación de acceso real a la justicia cuando quien ve afectado un derecho subjetivo encuentra barreras económicas para el reclamo de sus derechos; surge que no todos los ciudadanos están dispuestos a desembolsar una suma de dinero importante (los gastos casuísticos) para hacer frente a un proceso, ni tampoco el tiempo que ello le insumirá, retrayéndolo de sus quehaceres diarios, fundamentales a fin de alcanzar su sustento y el de su familia.

Que surge de investigaciones que en nuestra sociedad vastos sectores de la misma participan de la idea de que el acceso a la justicia es sólo para una población de mejores recursos, ya que ellos pueden hacer frente a los gastos de justicia, contratando los mejores abogados y haciendo frente a gastos (por ej.: los sellados, honorarios y el sistema de mediación prejudicial obligatorio, según la ley 13.151)⁵; esta situación la vemos como parte de la denunciada crisis de la justicia, que se encuentra arraigada en nuestra sociedad⁶.

Cuando nos remitimos a la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas, ley 13.178, vemos que este instituto está íntimamente relacionado a los ciudadanos de los pueblos de nuestra Provincia, donde las

⁴ UPRIMNY YEPES, R., "Justicia Comunitaria", http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.51.pdf.

⁵ Entendemos que la normativa de la ley 13.178 ha dispuesto un sistema de mediación prejudicial gratuito, haciendo notar que ello se refiere a la solicitud y no del mediador ni de los profesionales que actúan en consecuencia (los que se referencian a un sistema arancelado y con costas); ya la Corte ha manifestado que el sistema gratuito está referenciado con los centros de mediación gratuitos, los cuales hasta la fecha no han sido creados en las localidades en las que funcionan los juzgados comunitarios, existiendo sólo el sistema arancelado. En tal sentido véase Acta 38, punto 9, de fecha 26-7-2011 (y modificatorias).

⁶ LAPENTA, E. V., "La crisis de la jurisdicción. Actividad jurisdiccional y administrativa", Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires; www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/download/2/5/2003.

grandes distancias son moneda corriente, por su extensión, y allí es donde se ve palpable la barrera territorial, debido a la necesidad de su traslado desde sus domicilios hasta los centros urbanos en donde exista un tribunal o Juzgado Comunitario de las Pequeñas Causas⁷; por ello, quien comienza una acción judicial debe considerar la existencia de barreras territoriales y de procedimientos, atento a que puede y en general ocurre que deberá trasladarse grandes distancias ya sea para entablar una acción como para la producción de la prueba, aportar los testigos, y en última estancia para los sistemas recursivos, planteados en la norma. Es por ello que queda apropiado lo que expresa el adagio “todos saben cuándo comienza un proceso judicial, sólo Dios sabe cuándo termina”, creencia popular que expresa lo extenso que puede ser un pleito judicial.

Es por ello que la existencia de una litigiosidad represada hace visible que sectores de la sociedad no accedan a la justicia formal por factores concretos, como barreras económicas, socioculturales y de procedimiento, y la firme creencia de que iniciarlo les generará mayores perjuicios que los beneficios que persiguen.

La realidad muestra las dificultades que poseen los ciudadanos de los pueblos y localidades de nuestra Provincia para el acceso real a la justicia de vastos sectores de la sociedad, que son los más desprotegidos, ya que ellos deben, previo a iniciar cualquier causa judicial, valorar si comienzan un proceso con las características señaladas, debiendo estar dispuestos al desgaste personal, económico, familiar, etcétera, que ello implica.

La situación actual de la justicia santafesina no escapa a la crisis que se manifiesta en todos los estamentos judiciales, lo cual ha sido observado por el actual ministro de justicia de la Nación doctor Germán Garavano, quien manifiesta que, “en definitiva, la situación de crisis repercute en la sociedad que hoy ve dificultado su acceso al sistema judicial”, incluso desconfía de él –lo cual es lógico pues los indicadores permiten afirmar que hoy el sistema de justicia “expulsa” o “repele” a sus potenciales

⁷ Hacemos notar que aún hoy sólo están cubiertas un poco más de la mitad de las localidades con la Justicia Comunitaria según la ley 13.178, que ha sido puesta de relevancia por la misma Corte en su Acta 38, punto 9, del 26-7-2011, Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas (<http://www.justiciasantafe.gov.ar>, 8-8-2016).

usuarios—. Así, la tasa de subdenuncia y subdemanda presenta indicios alarmantes —algunas estimaciones indican que aproximadamente un 50% de los hechos con capacidad de ser expuestos ante un tribunal con algún grado de asidero desisten de iniciar la misma debido a que no representa para ellos un hecho confiable de resguardo de sus derechos y por ende optan por la negación de la jurisdicción de la Corte estatal—.

Esta situación que denuncia el propio ministro nacional se puede ver en las pequeñas localidades de nuestra Provincia, que ven impedido el acceder a un servicio de justicia y que toda la estructura creada por la norma de juzgados comunitarios de pequeñas causas ha quedado estancada en cuanto a su competencia, privando así a ese estamento social de un acceso a la justicia para toda la comunidad.

Es un hecho que el proceso es un medio, pero nunca el fin del conflicto, ya que rara vez las resoluciones que dicta un magistrado sentencial de la justicia ordinaria dan por finiquitados los orígenes de los intereses controversiales. Abonamos lo dicho con el pensamiento del profesor chileno Lazaeta, citado por Berrocal Durán, al decir que “la comunidad, principalmente los sectores populares, percibe la justicia como ajena, y lejana, lo cual pone en crisis los procesos de legitimación y la propia legitimidad de la función de la justicia, dándose una relación no correspondida entre la aplicación de justicia y la percepción que de ella tiene la comunidad, sumado a la imagen formal que tienen los jueces tanto en sus discursos como en sus sentencias, imagen que aleja tanto a los jueces y como consecuencia a la justicia de la sociedad”.

II. La estructura jurisdiccional de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas

En un análisis detenido del título que nos ocupa debemos dejar aclarados puntos de vista procedimentales de nuestra visión.

Cuando hablamos del Poder Judicial, es importante realizar una primera distinción entre jurisdicción y competencia. En este sentido, podemos entender a la jurisdicción como la facultad que tiene el Estado para administrar justicia por medio de los órganos judiciales instituidos al efecto, los cuales —en función pública— tienen por finalidad la realización o declaración del Derecho mediante la actuación de la ley en casos concretos.

Por su parte, la voz competencia se explica desde el momento en que hubo necesidad de ampliar la cantidad de magistrados que debían resolver los litigios que las relaciones sociales traían aparejados. Así, fue menester la creación de distintos órganos con la facultad de actuar jurisdiccionalmente para entender en los casos traídos a estudio.

Por consiguiente, entendemos la competencia como la extensión funcional del poder jurisdiccional, existiendo una relación de género a especie entre la jurisdicción y la competencia⁸.

En lo que se refiere a la jurisdicción y competencia de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas, realizaremos un análisis de la estructura organizativa de la jurisdicción implantada por el Poder Judicial en la Provincia de Santa Fe en cuanto al objeto de estudio.

En la Provincia de Santa Fe existen 257 juzgados de pequeñas causas distribuidos en todo el territorio, de los cuales los efectivamente ocupados por jueces designados son alrededor del 64%, ello debido a una política judicial que ha dispuesto la efectiva ocupación de los cargos principalmente en las cabeceras de los circuitos judiciales⁹.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos provincial ha dis-

⁸ Poder Judicial de Santa Fe, Informe III, “Diagnóstico...” cit., p. 1. Asimismo, Poder Judicial de Santa Fe, Informe IV, “Diagnóstico, memoria e informe del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe”, años 2015/2016, http://www.justiciasantafe.gov.ar/estadisticas/Diagnostico_memoria_informe_IV_edicion.pdf, 26-5-2017.

⁹ Se toma como punto de partida de unidad jurisdiccional a la comuna. Y es a partir de ella que se forman circuitos judiciales (la unión de varias comunas), distritos judiciales (la unión de varios circuitos) y circunscripciones judiciales (la unión de varios distritos). De manera gráfica, se puede visualizar el mapa judicial santafesino como una serie paulatina de círculos concéntricos diseminados a lo largo del territorio provincial, unos abarcativos de otros y de superficie progresivamente mayor. En la actualidad existe la cobertura de 196 juzgados comunitarios de las pequeñas causas sobre un total de juzgados implementados de 257, quedando a salvo los juzgados que no han sido implementados, por lo cual debemos saber que en la Provincia de Santa Fe existen un total de 350 aproximadamente.

Comuna: representa la mínima unidad geopolítica, equiparada a los efectos legales con el municipio.

En ella actúa, por lo menos, un juez comunitario de las pequeñas causas (arts. 118 y ss., ley 10.160). Hasta el momento, existen 257 comunas (art. 4º de la ley 10.160) (http://www.justiciasantafe.gov.ar/estadisticas/Diagnostico_memoria_informe_III_edicion.pdf, 26-7-2016).

puesto la ocupación efectiva de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas en las cabeceras de los distritos territoriales. Es por ello y hasta tanto sean creados los juzgados en las demás localidades que en la actualidad están efectivamente ocupados 196 juzgados, contando los concursos llevados a cabo en el año 2013, efectivamente ocupados en 2015¹⁰, con título de abogado, requisito impuesto por la ley 13.178, artículo 4°.

Entendemos que la pronta creación y ocupación de esos cargos de la Justicia Comunitaria harán efectiva la concreción de un servicio de justicia para toda una población necesitada del resguardo efectivo de sus derechos, amén de las observaciones formuladas en cuanto a su actualización de la competencia cuantitativa que le dará una incidencia real en los casos que puedan ellos resolver.

III. La competencia de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas como expresión de administración de justicia en la Provincia de Santa Fe. Ley 13.178

Los juzgados comunitarios de las pequeñas causas son la base de la estructura piramidal que la Administración de Justicia Santafesina (LOPJ) ha dispuesto para la función jurisdiccional en todo el territorio provincial, que desde el año 2011 ha sido modificada legislativamente a favor de criterios de proximidad de la administración de justicia, como expresión de una justicia amigable y con el fin de mejorar este servicio hacia los sectores vulnerables de la sociedad.

Es importante que la norma haya sido sancionada con este espíritu, destacándose en el Mensaje de Elevación que hiciera el Poder Ejecutivo provincial del proyecto: “que lo que se pretende con la sanción de esta norma ha sido dotar a la provincia de una justicia de proximidad, simple, de cercanía hacia los justiciable, con la mayor amplitud de casos y de acceso a la justicia de los sectores vulnerables, atento a la gran extensión que tiene nuestra provincia, que de los considerandos

¹⁰ Esta situación de vacancia puede verse en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; ha de tenerse presente que los juzgados ocupados por jueces que no poseen el título (art. 7°, ley 13.178) no pueden intervenir en las causas jurisdiccionales (art. 7°, LOPJ; art. 123, incs. 6°/11, ley 13.178).

surge con claridad, que la labor de la justicia, hoy día debe tener una función pacificadora, sin dejar fuera de los resguardos jurisdiccionales, por ser causas de escasos montos”¹¹.

En este sentido, la competencia material de estos juzgados ha sido modificada a fin de ampliar el acceso a una serie de causas que se entendía necesario. A esos fines se ha intentado dar respuesta jurisdiccional a la comunidad sobre la actuación en los juzgados comunitarios, que han receptado expresamente el nuevo artículo 123 de la LOPJ¹².

En cuanto a la competencia cuantitativa, las causas o asuntos de índole civil, comercial o laboral en la Justicia Comunitaria, la pretensión deducida debe tener un contenido económico (salvo excepciones planteadas¹³), siendo el monto pecuniario hasta 10 unidades jus el cual determina su competencia (art. 8º, ley 13.178).

En este sentido, el elemento que determina este factor de atribución de competencia es definido legalmente como el monto dinerario “comprometido en el litigio” (art. 1º, inc. 5º, LOPJ 10.160), el cual surge del monto de la pretensión deducida en la demanda al tiempo de ser presentada, debiendo ser complementada por el artículo 4º, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

En relación con la competencia cuantitativa, la norma que regula todo el funcionamiento de la estructura judicial es la ley 10.160, denominada Ley Orgánica del Poder Judicial, que expresa: “Artículo 8º – Para asegurar un permanente y adecuado ajuste del monto pecuniario que determina la competencia cuantitativa, esta Ley adopta la unidad denominada Jus, que representa el valor que la Corte Suprema de Justicia establezca prudencialmente”.

Sin embargo, se observa una disparidad de criterio a fin de deter-

¹¹ Mensaje del Poder Ejecutivo provincial 3.719, de fecha febrero de 2010, que ingresa a la Legislatura provincial en fecha 23-2-2010, que a la postre se convertiría en la ley 13.178.

¹² Agrega la competencia en el artículo 123, incisos 6º a 11, LOPJ.

¹³ Según el art. 123, LOPJ, carecen de competencia para conocer en juicios universales; desalojos (salvo lo dispuesto en el inciso 10); litigios que versen sobre relaciones de familia (salvo lo dispuesto en el inciso 12); actos de jurisdicción voluntaria; cuando sea parte una persona jurídica de carácter público o empresas públicas del Estado (salvo lo dispuesto en los incisos 1º, 8º y 11); cuando intervengan incapaces o inhabilitados y, en general, todo asunto que no sea apreciable en dinero (salvo lo dispuesto en el inciso 5º).

minar la competencia cuantitativa. En tema, la Corte (dentro de su competencia) ha tratado la actualización de los montos que atribuyen la competencia a los diferentes juzgados; tanto los de circuito, distritos y los juzgados comunitarios de las pequeñas causas han quedado estancados desde su creación.

En este sentido, al momento de poner en funcionamiento los juzgados comunitarios la Corte, por Acta de Acuerdo Ordinario N° 38 del 26 de julio de 2011, en cuanto a la competencia cuantitativa dice, en su punto 5¹⁴: “Siendo así, y en la necesidad de reglamentar el valor de la unidad jus para la determinación de la competencia cuantitativa de los Juzgados de Primera Instancia de Circuito de la Provincia y para la Justicia Comunitaria, este Tribunal entiende que corresponde modificar los valores imperantes hasta el momento, de acuerdo al cuadro que se agrega y que forma parte de la presente decisión, y que serán de aplicación a partir de la entrada en vigencia de la ley 13.178...” En ese sentido, las unidades jus de la competencia de los juzgados de distritos era de \$ 464,94, y simultáneamente se dispuso que el valor de las unidades jus a los fines de la competencia de los juzgados comunitarios sería de \$ 400¹⁵.

La dinámica en la vida de nuestro país nos hace pensar que algunos hechos macroeconómicos han incidido en la realidad social. La ines-

¹⁴ “5. Finalmente, se observa que la ley 13.178 ha introducido modificaciones, también, a los artículos 112 y 124 de la ley 10.160, en relación a la competencia cuantitativa de los Juzgados de Primera Instancia de Circuito y de la Justicia Comunitaria, fijando un tope de 60 jus y 10 jus, respectivamente. De la misma manera, entre sus normas transitorias (artículo 13) dispone que ‘antes de la entrada en vigencia de esta ley, la Corte Suprema de Justicia deberá reglamentar todos aquellos aspectos imprescindibles para la puesta en funcionamiento de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas y, particularmente, deberá dictar una acordada readecuando el valor de las Unidades JUS a los efectos del equilibrio de la competencia de los Jueces Comunitarios de las Pequeñas Causas y de la adecuada vigencia de la presente ley’. Recuérdese que, además de la habilitación legal mencionada, el artículo 8° de la ley 10.160 otorga a este Cuerpo la facultad de establecer el valor de la Unidad Jus, como lo ha hecho en reiteradas ocasiones”.

¹⁵ Hasta la fecha no ha sido modificado el valor de las unidades jus para los juzgados comunitarios de las pequeñas causas; [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/CUADRO%20UNIDAD%20JUS%20CIRCUITOS%20Y%20COMUNALES%20vigencia%201-4-2017%20y%202-5-2017\(1\).pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/CUADRO%20UNIDAD%20JUS%20CIRCUITOS%20Y%20COMUNALES%20vigencia%201-4-2017%20y%202-5-2017(1).pdf).

tabilidad cambiaría; los índices de inflación y los constantes aumentos de los productos y servicios hicieron necesario que las unidades jus fueran actualizándose, llegando a la actualidad con una disparidad entre los juzgados comparados de un 500%; bastará para constatarla una simple visita a la página del Poder Judicial¹⁶.

IV. La competencia cuantitativa de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas. Ley 13.178¹⁷

La aprehensión del acceso a los servicios de administración de justicia debe entenderse en todos los modos y hechos, a fin de ser considerado un acceso real.

En este sentido, los juzgados comunitarios de las pequeñas causas son considerados de fundamental incidencia en la calidad de vida de los ciudadanos y más aún en un territorio tan extenso, como nuestra Provincia de Santa Fe.

Además de la incidencia que pueden llegar a tener los mecanismos predispuestos por la ley 13.178 en las cabeceras del departamento, brindando un servicio de justicia acotado, en relación con la competencia material y funcional¹⁸ vemos con preocupación la falta de actualización de la competencia cuantitativa para los juzgados comunitarios de las pequeñas causas, regulados por la nueva legislación, la ley 13.178, que su artículo 7° a su vez modifica el artículo 124 de la LOPJ, que manifiesta: “Les compete el conocimiento de las causas enunciadas en los incisos 5°) al 11) del artículo anterior, hasta la cifra equivalente a diez (10) Unidades JUS...”¹⁹

¹⁶ [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/CUADRO%20UNIDAD%20JUS%20CIRCUITOS%20Y%20COMUNALES_vigencia_1-4-2017_y_2-5-2017\(1\).pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/CUADRO%20UNIDAD%20JUS%20CIRCUITOS%20Y%20COMUNALES_vigencia_1-4-2017_y_2-5-2017(1).pdf).

¹⁷ Esta situación de la necesidad de la urgente actualización de la competencia cuantitativa para los juzgados comunitarios de las pequeñas causas la hemos puesto de relieve en un trabajo que realizamos con anterioridad, publicado por Juris. La cual, lamentablemente, no ha sido tenida en cuenta.

¹⁸ La que se encuentra regulada por la LOPJ 10.160 y por el CPCyCSF.

¹⁹ Acuerdo Ordinario celebrado el día 9-5-2017, Acta 16; la CSJ de Santa Fe estableció que el monto de la unidad jus previsto en el artículo 32 de la ley 12.851 es de \$ 1.705,02, a partir del 1-3-2017; desde el 28-7-2017 el valor jus es de \$ 1.875,53; desde el 10-5-2018 el valor jus es de \$ 1.969,30.

A 7 años de la implementación de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas no se han modificado los guarismos del valor de las unidades jus con los problemas que ocasiona tener un instituto de accesibilidad a la justicia de los más vulnerables y no poder hacer uso de ella, debido a la insignificancia de su competencia cuantitativa, salvo rara excepción en lo que se refiere a la competencia material (artículo 123, LOPJ).

En sintonía con lo antes dicho, en las “Jornadas Rosarinas sobre la implementación la Ley N° 13.178”, organizadas por la Cátedra de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho, UNR, la doctora Andrea Merói²⁰ manifestó que los “...juzgados de las pequeñas causas, hoy día hay más en el debe que en el haber...”, agregando: “...falta implementar los juzgados de las pequeñas causas en todas las cabeceras de circuito, en las cabeceras de distritos y amén de ellos en las ya creadas, en su mayoría, falta la designación de sus jueces, y en las 315 localidades con sistema de gobierno comunal regidas por ley N° 2439 y sus modificatorias existe una falencia en cubrir las vacantes de los juzgados, y por ello puede decirse que los mismos son hoy un falencia estructural...”

Resta poner de manifiesto que esta falta de actualización sólo ha perjudicado a aquellos ciudadanos radicados en los lugares sin posibilidad de acceder a los tribunales de mayor competencia cuantitativa, viéndose privados de reclamar sus derechos, como ser el Derecho del Consumidor, relaciones contractuales de seguro, de alquiler, por contrato de trabajo, etcétera; debido a que su competencia cuantitativa es insignificante, no fue utilizada esta formidable herramienta²¹.

V. El cambio de paradigma en la legislación a través de la ley 13.178. La litigiosidad represada en el contexto de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas

En la parte introductoria al presente trabajo hemos definido la “li-

²⁰ “Jornadas sobre Justicia Comunitaria en la Provincia de Santa Fe”, Centro de Estudios Procesales y la Cátedra C de Derecho Procesal I, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 25-9-2015.

²¹ Véase ORREGO, R. O., “Accesibilidad a la justicia, en los juzgados comunitarios de las pequeñas causas, en los casos de Derecho de Familia. Divorcio incausado. Su competencia en la ley 13.178”, en *Juris*, en línea.

tigiosidad represada” y qué sectores entendíamos como vulnerables; trataremos de describir ahora cuáles han sido y cómo los perjudica la falta de acceso a la justicia.

Como hemos dicho, la sanción, promulgación e implementación de la Ley 13.178 de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas tenía como objetivo generar un cambio de paradigma en el funcionamiento de la antigua Justicia Comunal de la Provincia de Santa Fe.

La normativa es pensada como forma de acercar el Poder Judicial, en calidad y proximidad, para los lugares alejados de los centros urbanos de importancia, desprovisto de las formalidades sacramentales que impone la justicia ordinaria; así, el artículo 572 dice: “...su propensión a la oralidad, simplicidad, informalidad, inmediatez, economía procesal y celeridad, resguardando prioritariamente el derecho de defensa de las partes”, con lo que se puede entender que el procedimiento tiende a constituirse como una herramienta de acceso a una justicia más amigable para los ciudadanos, menos formalista y más cercana a la idiosincrasia de cada lugar.

En este sentido, el procedimiento fue pensado para un magistrado impartiendo justicia con la obligación de ceñirse en sus resoluciones al Derecho de fondo, respetando los principios constitucionales y convencionales, constituyéndose en quien recepte los reclamos de la comunidad y garantizando la paz social.

Esta visión que posee la norma nos permite decir que la misma posee un potencial enorme a fin de constituirse en una herramienta que garantiza el derecho de acceso a la justicia de todos los ciudadanos, que sin recorrer grandes distancias puede encontrar en los juzgados comunitarios de las pequeñas causas un justicia de calidad, amigable y democrática.

En este sentido, la misma Corte en su publicación de informe de gestión ha planteado que “Dicho cambio se ha vislumbrado en diferentes aspectos del ordenamiento legal, entre los cuales podemos destacar la suplantación del sistema de jurisdicción de ‘equidad’, que hasta entonces regía, por un sistema de jurisdicción de ‘derecho’. Ello así como resultado de un profundo cambio en las estructuras, y consecuentemente, en la articulación de un nuevo ordenamiento jurídico sobre bases innovadoras. Así, se dejó atrás el predominante sistema

por el cual el juez resolvía a ‘verdad sabida y buena fe guardada’, para pasar a un sistema en el que sobresale el mecanismo de la formulación legal”²².

El párrafo anterior indica un profundo cambio en la estructura judicial, y consecuentemente en la articulación de un nuevo ordenamiento jurídico sobre bases innovadoras de acceso real a la justicia, modificando el paradigma de acceso real al mismo.

Si bien expresamos nuestra adhesión a la nueva normativa, también se debe reflexionar que la misma ha sufrido un estancamiento crónico en cuanto a la competencia cuantitativa, que ha dejado obsoleta una formidable herramienta, que pudiera ser revolucionaria en cuanto a la justicia de menor cuantía, ello debido a la decisión de las autoridades de no actualizar la competencia cuantitativa, llegando al absurdo de que en sus estrados sólo pueda reclamar un monto de \$ 4.000, lo que significa lisa y llanamente dismantelar la jurisdicción de la Justicia Comunitaria para cualquier reclamo.

Como consecuencia de lo expresado, existe una consecuencia peligrosa, en cuanto se recarga a las jurisdicciones de mayor competencia cuantitativa, como ser los juzgados de circuito y distrito de los tribunales que absorben subsidiariamente las causas que los juzgados comunitarios no lo pueden hacer, y desde el punto de vista de los ciudadanos, los mismos ven impedido generar su reclamo por un procedimiento sencillo y sin formalismo, debiendo decidir si se quiere hacer algún reclamo legal a los juzgados de mayor competencia que se encuentran, por lo general, a grandes distancias.

Dentro de ese criterio la radicación del reclamo en estos juzgados les genera mayores gastos, sometimiento a un proceso totalmente distinto, con los formalismos, las etapas procesales, las erogaciones económicas que implica, y de tiempo que lleva todo el proceso; en esa inteligencia es que vemos estructurarse lo que denominamos como “litigiosidad represada”.

Por ello entendemos que la garantía de acceso a justicia de los sectores vulnerables no se circunscribe sólo a la posibilidad de “poder litigar” en el sentido lato, sino que el acceso a la justicia de los sectores

²² Poder Judicial de Santa Fe, Informe III, “Diagnóstico...” cit., ps. 140/141.

llamados vulnerables, que ya hemos descripto, debe ser aquel que brinde soluciones basales a los conflictos, y que les otorgue el disfrute amplio de derechos.

Es en este sentido que entendemos que la herramienta creada o mejor dicho actualizada a través de la ley 13.178 ya mencionada es un camino que amalgama experiencias jurisdiccionales y que expresa en su potencialidad un real acceso a los servicios de justicia para todos los ciudadanos de las pequeñas comunidades que poseen conflictos de escasos montos pero de ninguna manera de escasa trascendencia social.

VI. Valoraciones sobre la puesta en marcha de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas, a través de los Informes III y IV del Poder Judicial

De modo más pragmático, podemos poner en contraste los Informes mencionados que dan razón y sustento a nuestro planteo²³: el Informe III del año 2013, para luego contrastarlo en el Informe IV del 2015; para ello podemos remitir a los Anexos A y B, que acompañan al presente.

VII. Valoración de los datos estadísticos

Del estudio y análisis de los informes que publica la propia Corte Suprema de Justicia podemos observar que los juzgados comunitarios de las pequeñas causas en la Provincia son la expresión de la puesta en funcionamiento de la ley 13.178. Por ello, se puede verificar que en la práctica la *actividad jurisdiccional* ha mostrado una notable disminución en su funcionamiento, visualizándose una abstención de su utilización como modo de justicia amigable y comprensiva.

En este sentido, hacemos ver la existencia de lo que hemos denominado “litigiosidad represada” como derivación de una estructura judicial disminuida en cuanto a su competencia, como caja de resonancia de todo un sector de la población que no puede asistir a una justicia de mayor cuantía por las razones analizadas.

Entendemos que los juzgados comunitarios de las pequeñas causas

²³ Íd.

generan una justicia amigable, democrática y abarcativa de todos los casos, que se estructura mediante un procedimiento sencillo, desformalizado y eficiente.

Vistos los beneficios que trae el novel instituto, y sabedores de las críticas que se puedan formular al viejo sistema de los juzgados de paz o comunitarios, existentes hasta el año 2011, ella fue capaz de receptar y centralizar un cúmulo de causas que hasta hoy la nueva política judicial no ha podido alcanzar. Ello se desprende del análisis de las causas ingresadas y la cantidad de sentencias que pueden verse anteriores a marzo del año 2011 y hasta el año 2013, y en un informe posterior hasta el año 2015, fecha que expresa el Informe.

En el viejo sistema de Justicia de Paz o Comunitaria y con el principio de una justicia en “equidad de verdad sabida y fe guardada”, sabedores de que su competencia y principios de acceso a ella han despertado, con razón, fuertes críticas a ese formato²⁴, pudieron centralizar los reclamos de los vecinos de las localidades más alejadas de los grandes centros urbanos, generando una justicia lega, aun cuando en su normativa no contenía la amplia competencia jurisdiccional y el procedimiento no guardaba los mecanismos que posee la novel normativa.

En efecto, en el año 2005 la cantidad de causas civiles iniciada bajo el viejo sistema era de 7.334, que ingresaba a los estrados judiciales para su tratamiento esperando una resolución del conflicto intersubjetivo de escaso monto, cuya competencia cuantitativa era tan sólo de 2 jus. Con la sanción y puesta en marcha de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas, ley 13.178, en el año 2015 la cantidad de causas civiles iniciadas en estos juzgados disminuye a tal sólo 1.291 (véanse Anexos A y B), entendiendo que esta disminución puede ser a causa de la precaria política judicial que se impuso desde el Estado.

En cuanto a la distribución de trabajo de todos los 257²⁵ juzgados

²⁴ Véase, por ejemplo, la crítica formulada en Luciano F. Pagliano y Fernando Glinka en su libro “Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas de la Provincia de Santa Fe”, Librería Cívica, Santa Fe, 2012, ps. 27 y s.

²⁵ Deberíamos hacer la salvedad de que desde la puesta en marcha (marzo de 2011) y hasta la actualidad sólo tenemos 196 juzgados comunitarios en funcionamiento –con jueces abogados–.

comunitarios de las pequeñas causas en el año 2005 eran de 27 causas para cada uno de los juzgados existentes y para el año 2015 el promedio de causas es sólo de 5 para cada uno, denotando una baja muy importante de ingreso de expedientes, concluyendo que se ha generado una retracción de los reclamos; ello puede ser analizado desde las barreras que hemos descrito al comienzo.

Pero para ver cómo ha evolucionado el promedio en el año anterior a la sanción de la ley 13.178, en el año 2010, año anterior a la puesta en función del nuevo sistema, el ingreso a los juzgados comunitarios o de paz era de 6.029 causas y al año siguiente, 2011, y con vigencia del nuevo sistema, se registra un ingreso de sólo 1.756 causas civiles para los juzgados comunitarios de las pequeñas causas.

Otro de los parámetros que permite visualizar la baja utilización por parte de los ciudadanos son las sentencias que se dictaron en el período analizado y que han sido transcriptas en los Anexos A y B que se acompañan; así el dictado de sentencias para el año 2005 era de 2.732, resoluciones bajo el sistema de “verdad sabida y fe guardada”; con la implementación del sistema de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas las resoluciones de acuerdo a derecho y fundadas se registraron en el año 2015 en 991.

Asimismo, las audiencias que se tomaron en el año 2005 fueron 7.814 y para el año 2015 se tomaron sólo 2.998, lo que expresa una baja alarmante para el sistema implementado por la ley 13.178.

Una de las actividades jurisdiccionales que expresan la alternativa a los juicios contradictorios y que se establece como solución alternativa a la resolución de conflicto, en el Informe se expresa que para el año 2005 se registraron, en cuanto a mediación, 3.369 solicitudes y para el año 2015 vemos que esa cifra disminuye a 2.918; en este sentido compartimos lo expresado por Juan Vuegen: “...Es absolutamente esencial para el logro de los objetivos propuestos en esta ley contar con los recursos institucionales necesarios. En otras palabras, si no existen centros de mediación comunitaria públicos o privados a donde derivar los conflictos planteados por este trámite, o si no contamos con el adecuado registro de los mismos, no será posible el logro de los objetivos de inmediatez, celeridad y economía procesal, expresados en el nuevo artículo 572 del Código Procesal Civil y Comercial de la

Provincia de Santa Fe. La Corte Suprema de nuestra Provincia en un criterioso análisis de las condiciones para la implementación del nuevo procedimiento expuso en este sentido: ‘No puede dejar de señalarse que esta norma, en tanto aplicada en las actuales circunstancias, podría suponer un detrimento tanto en materia de inmediatez como de eficacia en la prestación del servicio’, Acta de Acuerdo Ordinario N° 38 del 26 de julio de 2011”²⁶. Como corolario de este tema podemos acordar que en el cumplimiento de la tarea de reglamentación, encomendada por el nuevo artículo 572 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe modificado por la Ley de Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas en el año 2011 y en oportunidad de cumplimentar con una reglamentación más amplia encomendada por el artículo 13 de la ley 13.178, el alto tribunal ha fijado pautas concretas a tener en cuenta respecto de esta instancia de mediación en el Acta de Acuerdo Ordinario N° 38 del 26 de julio de 2011 (punto 9).

Si bien compartimos los principios²⁷ que plasma la norma, en el sentido de garantizar la gratuidad, los principios que expresa y el procedimiento que instaura, debemos hacer una fuerte crítica a la implementación y la falta de concientización –en el sentido de educación como expresión de resguardo de derecho y acceso a la justicia–. Así creemos que la falta de adecuación de los montos de las unidades jus ha sido demoledor en cuanto a la utilización de esta herramienta. Una política de competencia cuantitativa actualizada en los parámetros de la inflación²⁸ es el basamento del éxito y de la existencia misma de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas.

La única actividad que ha crecido en forma constante son las *notificaciones judiciales* que en 2005 eran de 37.653 y en 2015 de 44.567, con lo cual es de hacer notar que el acceso a la justicia se ha visto reducido y menguado con el nuevo sistema, y que la mayor carga de

²⁶ VUEGEN, J. P., “La mediación judicial obligatoria y gratuita en conflictos de pequeñas causas”, tesis para optar al grado de Máster en Resolución de Conflictos y Mediación dir. por Ana Godoy, Fundación Universitaria Iberoamericana (Funiber), 2014.

²⁷ La misma legislación plantea que el procedimiento tiene como fin “su propensión a la oralidad, simplicidad, informalidad, inmediatez, economía procesal y celeridad, resguardando prioritariamente el derecho de defensa de las partes”.

²⁸ Ponemos en plano que la competencia cuantitativa de los juzgados especiales de Brasil es de 40 SMVM y de 10 SMVM en Colombia para los juzgados de paz.

trabajo de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas, desde la sanción de la ley, radica en una función netamente administrativa, equiparado a un oficial de justicia calificado.

Podemos ver que el gran caudal de trabajos de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas se centra prioritariamente en el diligenciamiento de las notificaciones judiciales y los mandamientos, que en su conjunto tienen el mayor caudal de trabajo de los juzgados. Los mismos Informes del Poder Judicial III y IV, *Diagnóstico, memoria e informe*, en las páginas 140/145 y 186/189 (véanse Anexos A y B), describen que para *el año 2005 estas actividades extrajudiciales eran de 38.875* y para *el año 2015* la misma se había elevado a *50.731 para las notificaciones judiciales y los mandamientos*.

Es innegable la existencia de diversas formas de barreras al acceso a los servicios de justicia de los sectores vulnerables de la sociedad santafesina, y que este fenómeno tiene por definición y características similares a lo que denominamos como “litigiosidad represada”, dada por el jurista brasileño Watanabe Kauzo; en ella se plasma que se ha cristalizado una negación de acceso a la justicia.

Entendemos que la novel normativa ha modificado la forma de justicia, pero la política judicial fue realmente la que ha desalentado su aprovechamiento, al no acompañar la competencia cuantitativa de los juzgados de las pequeñas causas a la realidad económica.

VIII. Valoraciones de los Informes del Poder Judicial

Dentro de una análisis sistémico de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas en nuestra Provincia de Santa Fe se referencia el presente trabajo de investigación, intentando poner de relieve las características de la judicatura y su relación con los derechos fundamentales, resguardados en nuestra Carta Magna, y los contenidos en bloque convencional de acceso a la justicia de los sectores vulnerables, reconocidos constitucionalmente.

Asimismo, podemos concluir que se torna relevante el análisis que podamos hacer sobre la accesibilidad a los servicios de justicia, introducido por la ley 13.178, “juzgados comunitarios de pequeñas causas”, y los nuevos paradigmas que ésta incorporó, donde la misma intenta consolidar

los principios de una “Justicia de Proximidad” más amigable a la población y capaz de dar solución a los conflictos intersubjetivos en una forma más rápida, sencilla, veraz, eficaz y sobre todo más cercana a lo justiciable.

Podemos dejar sentada una postura, por la cual intentamos explicar que los desacoples en la minimización del funcionamiento cuantitativo de los juzgados comunitarios de las pequeñas causas generan una privación del acceso a la justicia de ciertos sectores, por ejemplo, por su competencia cuantitativa. Por otro lado, entendemos que su implementación no supera los estándares mínimos de acceso a la justicia de los sectores vulnerables, resguardados en instrumentos internacionales, como las “100 reglas de Brasilia”, lo cual genera lo que denominamos una “litigiosidad represada”.

Una somera mirada por los conflictos de mayor cotidianidad en los distritos que atienden los juzgados comunitarios de las pequeñas causas demuestra que existe un gran número de personas que no pueden o desisten de recurrir al sistema judicial formal, aun cuando les asiste el derecho a hacerlo, ello debido a los obstáculos que ha generado el mismo aparato judicial, entendiendo que el universo que ellos conforman es mucho mayor de lo que se cree.

IX. Como conclusión

Un repaso y estudio por el Poder Judicial de la Provincia y su recepción en el nuevo Derecho Constitucional en la Provincia de Santa Fe²⁹ requiere de nuevas especificidades y un esfuerzo intelectual para comprender las características y quehaceres de la justicia tanto en su formación como en el desarrollo de la justicia de baja cuantía, de justicia comunitaria, todos pertenecientes a una mirada de la justicia en un contexto de “administración de justicia de proximidad y de cercanía”.

Ello requiere mirar en dos direcciones: por un lado, hacia los propios

²⁹ La valoración se realiza en virtud de la incorporación en la Constitución Nacional reformada en 1994, y en clave de las convenciones y tratados internacionales de los que el país es parte; un ejemplo de ello son las “100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables”. Otra especificación es el tratamiento que se le está dando a la posible convocatoria a una convención constituyente en la Provincia de Santa Fe, a fin de adecuarla a la Constitución Nacional.

textos constitucionales nacionales, provinciales y convencionales, que son la expresión de una voluntad política de apertura hacia el reconocimiento amplio de los derechos al acceso a la justicia de parte de los ciudadanos, y por otro, hacia la legislación local que tiene la competencia de regular los procesos y su política judicial (Corte Suprema provincial), que se expresa en la regulación de los contornos de las normas, que en cada momento se resuelve lisa y llanamente “poder”; en vista de todo lo analizado, la implementación de la ley 13.178 ha quedado a medio camino entre una justicia de proximidad y una justicia de preservación de los mecanismos privativos de acceso a ella.

Entonces podemos coincidir, o no, con el planteo de que en nuestra Provincia existe una litigiosidad represada, en la falta de acceso real a la justicia para los sectores vulnerables, o en el acceso de los ciudadanos santafesinos a la garantía de acceder al aparato judicial estatal.

El presente trabajo tiene el interés de generar disparadores para la discusión y puesta en crisis de saberes y paradigmas arraigados en nuestra doctrina provincial, esperando que ello sirva para la consecución de nuevas investigaciones, ya sea ratificando o criticando nuestro punto de vista.

La atribución de competencia a la Corte Suprema de Justicia, en la implementación de la política judicial para el territorio de la Provincia de Santa Fe, es una responsabilidad que tiene como fin dar al ciudadano la garantía de acceso a la justicia; en esa inteligencia entendemos que la Corte ha dejado voluntariamente de atender a la necesidad a ella cuando no ha actualizado la competencia cuantitativa para los juzgados comunitarios de las pequeñas causas, restringiendo las puertas del acceso a sectores de la sociedad.

Entendemos que para superar la *litigiosidad represada* es necesario aplicar una verdadera administración de justicia, amigable y sin discriminación, una justicia no exclusivamente normativista del Derecho, mecanicista de aplicación de reglas, sino reglas de justicia, de cohesión social, pacificadora y abierta a receptar las reales preocupaciones de los integrantes de una sociedad en constantes cambios, abarcativas de todos los sectores sociales y con mayor preocupación por los más vulnerables de la comunidad, asumiendo que el Estado moderno debe

ofrecer un sistema jurídico especializado, más o menos burocratizado, encargado de decidir y administrar soluciones jurídicas.

Entendemos que la puesta en funcionamiento de la Ley 13.178 de Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas en cierta medida ha fracasado; la valuación del mismo es negativa. Debemos realizar una nueva apuesta de *planificación*, que sirva para realizar un nuevo *diagnóstico* de la deuda que nos deja su implementación, sirviendo la misma como experiencia, reconociendo que ellos son el brazo del Poder Judicial más extenso, capaz de garantizar el acceso a la justicia para todos los ciudadanos de nuestra extensa Provincia.

X. Anexos

A. Informe del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Año 2013, publicado en 2016

Diagnóstico. Memoria. Informe.

**Cuadro 1. Actividad jurisdiccional. Año 2013 para
los juzgados de pequeñas causas según ley 13.178³⁰**

Actividad jurisdiccional por juzgado	Total	Promedio
Causas civiles	825	3
Causas p/Mediación judicial	4.211	16
Audiencias	3.680	14
Sentencias	797	3
Mandamientos	6.029	24
Notificaciones	40.320	158
Certificaciones	415.950	1.625
Carreras cuadreras	109	0
Registro Público de Comercio	233	1
Total de actividad jurisdiccional	472.154	1.844

³⁰ Poder Judicial de Santa Fe, Informe III, “Diagnóstico...” cit., ps. 140/145.

Cuadro 2. Total de la actividad jurisdiccional. Período 2005-2013³¹

Actividad jurisdiccional	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Causas civiles	7.334	6.781	6.727	7.739	4.153	6.029	1.756	1.635	825
Causas ingresadas p/Mediación judicial	3.369	4.084	5.692	6.274	1.957	5.285	1.768	1.138	4.211
Audiencias	7.814	6.917	7.348	7.843	6.799	7.642	4.024	3.370	3.680
Sentencias	2.732	2.912	3.590	4.441	617	1.940	371	699	797
Mandamientos	12.212	9.726	11.026	8.783	7.309	9.312	7.641	6.990	6.029
Notificaciones	37.653	36.550	36.216	36.158	42.368	45.675	41.781	41.560	40.320
Carreras cuadreras	483	289	340	205	384	168	191	179	109
Reg. Públ. de Comercio	369	314	329	233	424	268	270	322	233
Activ. jurisdiccional	534.769	744.691	631.695	580.229	682.316	617.058	566.899	463.802	472.154

B. Informe del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Año 2015, publicado en 2017

Cuadro 3. Actividad jurisdiccional. Año 2015³²

Actividad jurisdiccional por juzgado	Total	Promedio
Causas civiles	1.291	5
Causas p/Mediación judicial	2.919	11
Audiencias	2.998	124
Sentencias	991	4
Mandamientos	6.164	24

³¹ Íd.³² Cuadro 1. Actividad Jurisdiccional. Año 2015, http://www.justiciasantafe.gov.ar/ESTADISTICAS/memoria_dianostic_%20informe_iv_edicion.pdf, p. 186.

Actividad jurisdiccional por juzgado	Total	Promedio
Notificaciones	44.567	174
Certificaciones	475.537	1.858
Carreras cuadreras	202	1
Registro Público de Comercio	272	1
Total de actividad jurisdiccional	534.941	2.090

**Cuadro 4. Total de la actividad jurisdiccional.
Período 2005-2015³³**

Actividad jurisdiccional	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Causas civiles	7.334	6.781	6.727	7.739	4.153	6.029	1.756	1.635	825	506	1.291
Causas p/Mediación judicial	3.369	4.084	5.692	6.274	1.957	5.285	1.768	1.138	4.211	2.682	2.919
Audencias	7.814	6.917	7.348	7.843	6.799	7.642	4.024	3.370	3.680	7.139	2.998
Sentencias	2.732	2.912	3.590	4.441	617	1.940	371	699	797	1.171	991
Mandamientos	12.212	9.726	11.026	8.783	7.309	9.312	7.641	6.990	6.029	5.639	6.164
Notificaciones	37.653	36.550	36.216	36.158	42.368	45.675	41.781	41.560	40.320	44.727	44.567
Carreras cuadreras	483	289	340	205	384	168	191	179	109	101	202
Reg. Públ. de Comercio	369	314	329	233	424	268	270	322	233	263	272
Activ. jurisdiccional	534.769	744.691	631.695	580.229	682.316	617.058	566.899	463.802	472.154	494.472	534.941

³³ Poder Judicial de Santa Fe, Informe IV, “Diagnóstico...” cit., p. 187.

XI. Bibliografía

- ARDILA AMAYA, Edgar, “¿A dónde va la Justicia en Equidad en Colombia?”, Corporación Región, 2006.
- BRUNET, Graciela; CARRERAS, Silvia y PRONO, Santiago, “Justicia, democracia y derechos humanos: un enfoque filosófico”, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Editorial UNL, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, “El acceso a la justicia”, versión en inglés de 1978 y traducido al español en 1982 por el Colegio de Abogados de La Plata, Editorial Universidad Nacional de La Plata.
- CSJ de Santa Fe, Reglamentación de la CSJ de Santa Fe, Acta 38, punto 9, Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas (26-7-2011), <http://www.justiciasantafe.gov.ar>, 8-8-2016.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVIII; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.1, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, 26-6-2016.
- DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, Joel, “Los juzgados especiales. Litigiosidad represada”, <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti7.htm>, 30-4-2016.
- Exposición de Motivos, “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=34904&name=DLFE-2325.pdf, 8-8-2016.
- GUIBOURG, Ricardo A., “Los misterios del buen cubero”, en *La Ley* del 31-5-2016, p. 1; cita online: AR/DOC/1484/2016.
- Ley 24.240, artículos 52/56, modificada por la ley 26.361: legitimación, las asociaciones de consumidores y usuarios.
- Ley Orgánica del Poder Judicial 10.160, Juris, 2016.
- “Los montos de los unidades jus”, http://www.cajaforense.com/index.php?action=portal/show&ssnId_session=355&id_section=148&mnuId_parent=2, los que han sido modificados en los años 2012, 2013, 2014, 2015 y la última modificación en el año 2017, con el costo de 1.703,95.
- MARCÓN, Osvaldo Agustín, “Justicia de Paz y juridicidad del conflicto comunitario”, http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040003-marcon-justicia_paz_juridicidad_conflicto.htm?bsrc=ci, 5-9-2015.
- MEROI, Andrea, “Jornadas sobre Justicia Comunitaria en la Provincia de Santa Fe”, Rosario, Centro de Estudios Procesales y la Cátedra C de Derecho Procesal I, Facultad de Derecho, UNR, 25-9-2015.

- NALINI, José Renato, “Juzgados especiales en el Brasil”, <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti7.htm>, 4-7-2016.
- Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8º, inciso 1º, http://www1.hcdn.gov.ar/foio-cgi-bin/om_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=constra.nfo&record=%7B7FF67C95%7D&softpage=Document42, 16-7-2016.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, 26-6-2016.
- PAGLIANO, Luciano F. y GLINKA, Fernando, “Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas de la Provincia de Santa Fe”, Santa Fe, Librería Cívica, 2012.
- Poder Judicial de Santa Fe, Informe III, “Diagnóstico, memoria e informe del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe”, http://www.justiciasantafe.gov.ar/estadisticas/Diagnostico_memoria_informe_III_edicion.pdf, 26-7-2016, p. 1.
- Informe IV, “Diagnóstico, memoria e informe del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe”, http://www.justiciasantafe.gov.ar/estadisticas/Diagnostico_memoria_informe_IV_edicion.pdf, 26-5-2017, p. 1.
- REDONDO, María Belén, “Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas de Santa Fe. En el marco del derecho de acceso a la justicia”, *Juris*, 2014.
- “Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas: recusación con causa. Excusación. Régimen del CPCCSF y reglamentación especial”, en *DJuris* 98 del 21-5-2014.
- RIEGELHAUPT, Elena (comp.); CAZZANIGA, Susana; REAL, Patricia y BEADE, Adriana (coords.), “Acceso a la justicia: vulnerabilidades, vulneraciones y vulnerados. Un mapeo de Entre Ríos y Santa Fe”, *Eduner*, 2015.
- RUIZ, Alicia, “Asumir la vulnerabilidad”, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29256.pdf>, 18-4-2016.
- SIERRA TORRES, Ana María y DE LA ROTTA, David Franky, tesina de grado: “El juez de pequeños daños como una alternativa para solucionar los pequeños conflictos civiles”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2014; <http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/13317/1/SierraTorresAnaMaria2014.pdf>, 6-6-2016.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “Jueces de paz y justicia informal: una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones”, Colombia, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia.
- “Justicia Comunitaria”, http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.51.pdf.

- VIGO, Rodolfo, comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, en *El Derecho*, 2012, p. 66; <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/comentarios-titulo-preliminar-vigo.pdf>, 25-8-2016.
- VUEGEN, Juan Pablo, “La mediación judicial obligatoria y gratuita en conflictos de pequeñas causas”, tesis de Máster en Resolución de Conflictos y Mediación dir. por Ana Godoy, Fundación Universitaria Iberoamericana (Funiber), 2014, p. 22.
- WATANABE, Kazuo, “Filosofía e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas”, en WATANABE, Kazuo (coord.), *Juizado especial de pequenas causas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985; www.pge.biblioteca.ba.gov.br/.../wxis.exe?...JUIZADO%20ESPE, 26-2-2016.

DERECHO A LA IDENTIDAD EN PERSONAS CONCEBIDAS POR FECUNDACIÓN HETERÓLOGA

por MARÍA CLARA PIVIDORI*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. En la conformación de identidades. 3. Acerca de la realidad social. 4. La regulación del derecho a la identidad. 5. Voluntad procreacional como fuente de filiación. 6. De las posibilidades de conocimiento. 7. Comparación con la adopción. 8. Un antecedente paradigmático. 9. Estado normativo en el país. 10. Ponderación de valores en juego. 11. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

La donación de gametos por personas que no expresan la voluntad procreacional es una circunstancia dentro de los procedimientos de fertilización asistida que arroja innumerables interrogantes. En particular, nos preguntamos acerca de los derechos que le asisten al concebido por fecundación heterónoma en la conformación de su identidad. Pudiera existir una colisión de intereses entre la pretensión de anonimato del dador de gametos y el posible reclamo de acceso a información completa por parte del concebido por fecundación heteróloga, en ejercicio de su derecho personalísimo a la identidad. El Derecho Comparado presenta distintas variables con relación al contenido de la información que debe brindársele al involucrado. La respuesta jurídica del Código Civil y Comercial ofrece como regla general el anonimato del donante, contemplando dos variables de excepción. En una primera consideración, habilita la transmisión de información relativa única-

* Abogada, aspirante adscripta en la Cátedra de Derecho Privado. Parte general, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

mente a los datos médicos del donante, siempre que medie por parte del interesado una cuestión de salud. En la segunda excepción, amplía el acceso hasta la identificación total del dador, exigiendo en tal caso resolución judicial y alegación de razones debidamente fundadas. Será la praxis del ejercicio de estos derechos personalísimos la que permitirá integrar la norma y dotar de contenido sus presupuestos.

Abstract

The donation of gametes by people who do not state the procreational will is a circumstance within the procedures of assisted fertilization that throws innumerable questions. In particular, we ask ourselves about the rights that are accorded to the conceived by heteronomous fertilization in the conformation of his identity. There could be a collision of interests between the claim of anonymity by the gametes donor and the possible claim of access to complete information by the conceived by heterologous fertilization, in the exercise of his personal right to identity. The Comparative Law presents different variables in relation to the content of the information that must be given to the involved. The legal response of the Civil and Commercial Code offers as a general rule the donor's anonymity, contemplating two exceptional variables. In a first consideration, it enables the transmission of information relating only to the donor's medical data, provided that a health issue is implicated by the person concerned. In the second exception, it extends access until the total identification of the donor, requiring in that case a judicial decision and allegations of well-founded reasons. It will be the praxis of the exercise of these personal rights that will allow to integrate the norm and to give content of its budgets.

Palabras clave

Derecho a la identidad. Fecundación heterónoma. Anonimato del dador de material genético.

Keywords

Right to identity. Heterologous fertilization. Anonymity of gamete donors.

1. Introducción

En el contexto de los avances tecnológicos que permiten nuevas formas de concepción de vida humana surge la pregunta ya no sólo sobre lo posible, sino especialmente sobre el impacto y dimensión de las consecuencias de dichos procedimientos.

En el ámbito de estudio de los derechos personalísimos, el derecho a la identidad ha tenido un desarrollo particular. El conocimiento de nuestra propia existencia, de nuestras características y nuestros vínculos sociales posibilita el desarrollo personal en un ámbito de libertad más amplio. El acceso a información sensible es entonces una necesidad personalísima.

Numerosos antecedentes jurisprudenciales han reconocido la importancia del conocimiento de la procedencia, reconociendo también que la privación de la identidad ocasiona perjuicios en las dimensiones más sensibles del ser humano¹. Las decisiones que adoptamos hoy repercuten directamente sobre las generaciones venideras, delimitando sus derechos personalísimos y posibilitando o no su realización genuina. Ofrecer un ámbito de libertad que permita el pleno desarrollo de la personalidad es el horizonte de nuestro debate.

2. En la conformación de identidades

Siendo el hombre un ser pensante y con conciencia de sí mismo surge la necesidad de reconocerse en el grupo social, de identificarse y pertenecer a él, y al mismo tiempo establecer su propia individualidad. Este “yo soy yo” o “yo soy el que soy” no es más que la construcción de la propia personalidad². Indica Eric Fromm que la identidad no

¹ “Que se intente borrar de la psiquis de un niño a uno de los progenitores es como si se intentara borrar la mitad de su identidad. Es un verdadero daño psíquico que puede expresarse a través de perturbaciones [...] con las consecuentes restricciones en la vida de relación” (HUSNI, A. y RIVAS, M.^a F., “Familias en litigio. Perspectiva psicosocial”, 1^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 127-129).

² “Entendemos como identidad personal el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de rasgos de la personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia al mundo exterior y permite

sólo es una necesidad afectiva y cognitiva, sino también activa, en tanto el ser humano tiene que tomar decisiones haciendo uso de su libertad y voluntad³.

Respecto de su conceptualización doctrinaria, Cifuentes entiende a la identidad como un atributo de la personalidad, y por lo tanto inherente a sí mismo⁴. Sin embargo, otro sector de la doctrina prefiere calificarlo más bien como un derecho personalísimo, perteneciendo entonces a una categoría especialísima de derechos subjetivos esenciales⁵. Lo que sí ha quedado claro es que el mencionado derecho a la identidad excede el plano del estado de familia.

Se han ido identificando diversos aspectos que contienen el derecho a la identidad, integrado por una faz estática y una faz dinámica. La primera comprende aspectos permanentes, poco variables, y que parecieran ser los más perceptibles desde el exterior, identificándose de modo inmediato y formal. Se señala como ejemplo el nombre, el seudónimo, la imagen, las características físicas o biológicas, la fecha de nacimiento, entre otros. Por su parte, la faz dinámica representa todos aquellos elementos de la identidad que son más fluidos, abarcando el patrimonio ideológico y cultural de la persona, e incluso los rasgos psicológicos de la misma. Se involucran más bien las características internas del ser, y fluyen como el cotidiano quehacer de la existencia humana.

Sin embargo, a poco de que se introduce el tema se vislumbra que esta división no es tan evidente. Ciertos aspectos que en su momento han sido considerados invariables hoy han adquirido un dinamismo particular. También se ha reducido la discusión respecto de la conceptualización como derecho personalísimo o como atributo de la personalidad. Estas distinciones pueden resultar útiles desde un punto de

a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su 'mismidad', en lo que ella es en cuanto a ser humano" (FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "El derecho a la identidad personal", Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 15).

³ FROMM, E., "Psicoanálisis de la sociedad contemporánea", 6ª ed. en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 59.

⁴ CIFUENTES, S., "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", en *La Ley* 2001-C-759, nota al fallo 102.148, CNCiv., sala J, 11-7-2000, "Q., C. c/I., R. y otros".

vista metodológico, pero sin dejar de sostener una consideración íntegra del Derecho. Concluye Fernández Sessarego que la identidad personal se configura como una unidad psicosomática inescindible, que integra toda la realidad existencial⁶.

3. Acerca de la realidad social

La concepción heteróloga se produce cuando una persona distinta de la sometida a la técnica de reproducción humana asistida⁷ (dador) aporta material genético (óvulo o esperma) sin ningún tipo de vinculación jurídica, técnica o económica con el destinatario de la donación, ni con quien tendrá el emplazamiento paternofilial posterior. Nos interesa la nominación de esta situación como heteróloga, a contraposición de la fecundación homóloga, cuando se realiza con material genético de ambos miembros de la pareja.

En este contexto se distinguen las variantes del derecho a la identidad. Así, la *identidad genética* se refiere al derecho a conocer el propio ADN, el patrimonio genético heredado de los dadores biológicos, diferenciada en la actualidad de la *identidad biológica*. Si bien originariamente se han utilizado como sinónimos, esta última refiere a la historia de vida originaria de una persona, a la biografía inicial, no siendo entonces únicamente el dato genético el estudio (*logos*) de la vida (*bio*). Por último, *identidad filiatoria* hace referencia al estado de familia, esto es, el emplazamiento jurídico del que surge el vínculo legal entre padres e hijos⁸. Y por último, identidad con relación a la

⁵ “Los derechos personalísimos –también llamados derechos de la personalidad– son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad” (RIVERA, J. C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, 5ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, ps. 681 y 807).

⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., p. 18.

⁷ En adelante, TRHA.

⁸ MIZRAHI, M. L., “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”, Astrea, buenos Aires, 2004, ps. 58-60. HERRERA, M. y LAMM, E., “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”, en *La Ley* 2014-D, del 20-8-2014; cita

realidad existencial, en tanto implica la realización del proyecto de vida de la persona, sus creencias, costumbres⁹.

Esta distinción que puede parecer sutil tiene implicancias en el ámbito jurídico. En una situación concreta podríamos identificar entonces si se trata de un cuestionamiento de *identidad filiatoria*, con pretensiones de estado de familia, o más bien de *identidad biológica*, cuando una persona adoptada procura acceder a su historia primera, tomando contacto con los antecedentes que han llevado a la decisión judicial de la adopción. En el particular de la fecundación heteróloga, la *identidad genética* es el centro de nuestra pregunta, por cuánto podría un concebido a partir de esta técnica acceder a la información del donante del genoma.

Desde una metodología jurídica trialista¹⁰ se propone el análisis de los *repartos*, es decir, aquellas adjudicaciones de potencia o impotencia que favorecen o perjudican al ser. Ciertas circunstancias que conforman la identidad quizás en algún momento obedecieron a *distribuciones* originadas por la naturaleza, como el sexo del niño por nacer. Sucede que estos elementos otrora distribuidos ahora constituyen manifiestamente un *reparto*, como ser la selección de embriones realizada en un procedimiento de fertilización asistida.

En este último caso, se identifican las distintas relaciones intersubjetivas existentes. Por un lado, el dador de genoma es *repartidor*, que ofrece gratuitamente el material genético a la persona o pareja que se

online: AR/DOC/2545/2014, p. 4, comentario a fallo de CNFed.CAdm., sala V, 29-4-2014, “C., E. M. y otros c/EN. M° Salud s/Amparo ley 16.986”.

⁹ KRASNOW, A. N., “Los valores en la filiación”, Cap. 7, “Filiación”, en *La Ley* 2006; *La Ley Online*.

¹⁰ La teoría trialista fue elaborada originariamente por Werner Goldschmidt, siendo el mayor exponente actual en Argentina el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani. Propone un objeto jurídico compuesto por repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser y a la vida) –faz sociológica–, captados por normas que los describen e integran –faz normológica– y valorados, los repartos y las normas, por la justicia –faz axiológica–. El trialismo resulta así una de las respuestas más interesantes al desafío de la complejidad (GOLDSCHMIDT, W., “Introducción filosófica al Derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987; CIURO CALDANI, M. Á., “Metodología jurídica”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000).

somete al procedimiento (*recipiendario*). Las razones que han movilizado al dador pueden ser múltiples: altruismo, generosidad, vanidad, curiosidad, etcétera, debiendo al menos no alegarse razones económicas. Sin embargo, desde la perspectiva del concebido por estas TRHA, él se convierte en *recipiendario* del reparto que dio origen a su vida. No podríamos decir que la vida surge únicamente por la acción humana, pero sin dudas tanto el dador del material genético como el centro especializado en reproducción humana y la persona o pareja que se somete a tal procedimiento se convierten con relación al sujeto concebido en *repartidores*¹¹. Desde su mirada, es un reparto autoritario, puesto que no participa en la decisión, ni podría hacerlo. Los repartidores han elegido exclusivamente el marco de su actuación.

Como se advierte, la realidad social que enfrentamos en la actualidad es nueva, dista de las anteriores, por lo que requiere respuestas jurídicas a la altura de las circunstancias.

4. La regulación del derecho a la identidad

A partir de la realidad social descripta avanzaremos en el análisis de la captación lógica que realizan las normas, desde la descripción que efectúan las mismas y cómo se integran en el complejo ordenamiento jurídico¹². Se advierten abundantes referencias al derecho a la identidad en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 2º, inc. 2º). El derecho a la identidad no resulta ser un desprendimiento tardío o superfluo, sino una garantía de la más alta jerarquía normativa.

En particular destacamos que la Convención sobre los Derechos

¹¹ “Los repartidores son seres humanos determinables que producen las adjudicaciones con su conducta. Como elección entre diversas posibilidades, ésta supone la existencia de la libertad” (CIURO CALDANI, M. Á., “Estrategia jurídica”, 1ª ed., UNR, Rosario, 2011, p. 29).

¹² Desde la concepción trialista del Derecho sostenemos que la norma es “...la captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el punto de vista de un tercero” (CIURO CALDANI, “Estrategia...” cit., p. 40).

del Niño consagra el *interés superior del niño* como principio rector de toda interpretación y aplicación del Derecho. Esta consideración ha tenido un impacto trascendental, constituyendo un verdadero paradigma y consagrando una nueva concepción de la niñez. Asimismo, en el artículo 7º se reconoce como indispensable el otorgamiento de un nombre, de una nacionalidad y la conveniencia de la registración de su nacimiento. Específicamente se indica: "...y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Tal expresión ha dado paso a un debate muy interesante respecto a su contenido y alcance, presentándose diversas posturas interpretativas¹³. En concordancia con el mismo cuerpo normativo, la interpretación válida será aquella que garantice la primacía del interés del niño, niña o adolescente. Existe entonces una responsabilidad concreta por garantizar el pleno ejercicio del derecho a la identidad, al menos desde el plano normativo¹⁴.

Con posterioridad, se sanciona en Argentina en concordancia con este nuevo paradigma la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Se explicita el derecho a conocer quiénes son los padres del niño y a la preservación de la identidad e idiosincrasia, reconociéndose la situación particular de la adopción. A su vez, el Estado se compromete a facilitar el encuentro familiar de los niños con sus padres y familiares. Por su parte, en el ámbito específico de las TRHA encontramos la Ley 26.862 de Repro-

¹³ Una posición sugiere que tal posibilidad o imposibilidad de conocimiento de los padres es jurídica, es decir que el mismo ordenamiento jurídico establece un límite al consagrar otro derecho o una restricción. En otra postura, "...hay quienes entienden que tal expresión utilizada en la Convención sólo refleja las posibilidades físico-histórico-materiales de acceso a la verdad, por la existencia real de datos informativos y no por una decisión legislativa" (GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M.^a V. y HERRERA, M., "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, Buenos Aires, 2006, t. II, ps. 790 y ss.; FAMÁ, M.^a V., "El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Lecciones y Ensayos*, núm. 90, 2012, p. 189).

¹⁴ Sin embargo, por la necesidad misma de abstracción y de generalidad que permitan una estabilidad temporal y espacial de la norma, el recorte que se efectúa es amplio. No se especifican abundantemente los elementos o manifestaciones de la identidad, porque las mismas se encuentran comprendidas dentro del propio concepto. Esto arroja como resultado que en cada país se le otorgue alcances diversos.

ducción Médicamente Asistida. La misma se encuentra dirigida especialmente a brindar cobertura médica a los interesados en dicho procedimiento. Así es como ni siquiera se abordan las posiciones filiatorias que en consecuencia se desprendan, ni mucho menos el derecho a la identidad personal.

La sanción del Código Civil y Comercial repercutió en todo el sistema normativo nacional. Se indica textualmente el derecho a la identidad como derecho personalísimo (art. 52), y se trabaja más detalladamente en la situación de las personas que han accedido a las TRHA, consagrando como fuente de filiación la voluntad procreacional, y por primera vez indicando derechos de las personas nacidas por estos procedimientos.

5. Voluntad procreacional como fuente de filiación

El sistema normativo argentino ha recogido la realidad de las TRHA, y ha reconocido que la filiación en estos casos tiene como fuente la voluntad procreacional de quienes deciden emprender la relación paternofilial¹⁵. Así, en el Código Civil y Comercial se regulan las particulares reglas en relación con este tipo de filiación a partir del artículo 560. La unicidad del vínculo biológico-social-jurídico se desarma para adaptarse con flexibilidad a las diversas situaciones. En la misma génesis de las TRHA se prioriza la voluntad procreacional: es el querer concebir un hijo lo que provoca la existencia de una persona. Como contrapartida, la persona que ha aportado material genético no brinda ni participa del vínculo filiatorio, puesto que no expresa su voluntad en tal sentido. Entonces, “por la teoría de los actos propios, no se puede pretender que quien ha donado sus gametos asuma luego una paternidad/maternidad que no fue buscada...”¹⁶

¹⁵ Díaz de Guijarro en el año 1965 elabora la teoría de la voluntad y responsabilidad procreacionales, estableciendo una distinción terminológica de tres elementos: la voluntad procreacional, en primer lugar, como propósito de engendrar, crear una nueva vida; en segundo lugar, la voluntad de unión sexual, en sí misma; y en tercer lugar, la responsabilidad procreacional, determinante de la filiación (DÍAZ DE GUIJARRO, E., “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en *Jurisprudencia Argentina* 1965-III-21).

¹⁶ GIL DOMINGUEZ, FAMÁ y HERRERA, op. cit., p. 707.

Se evidencia entonces que existe el derecho de toda persona a la salud reproductiva, y por medio del ejercicio de la misma se manifiesta la libertad procreacional¹⁷. Pero como todo ejercicio de derechos, debe armonizarse de manera tal de no perturbar o anular las potestades jurídicas de terceros. Entendemos entonces que las acciones humanas, incluidas la dación de gametos o el sometimiento a fecundación heteróloga, tienen implicancias en los derechos de otras personas. Estas decisiones conllevan consecuencias jurídicas que es preciso delimitar, para luego asumir y escoger libremente. Somos de donde venimos, y hacia donde vamos, y a la vez somos en cada presente algo único, irrepetible, como lo es cada ola o cada puesta del sol. Ese reconocimiento a la unicidad que hace Heráclito de Éfeso marca no sólo una conexión temporal, sino también especial con el resto del universo. Es por ello que no resulta insignificante conocer nuestra procedencia, buceando en las causas de nuestro vivir.

6. De las posibilidades de conocimiento

Frente a la realidad de la intervención de un “tercero” en la fecundación heteróloga, las posibilidades respecto de su alcance parecieran agruparse en dos posturas extremas: anonimato o información. Esta inquietud ha sido expresada con frecuencia en la comunidad científica, académica y jurídica¹⁸.

Advertimos que para analizar estas posibilidades pareciera que en

¹⁷ Es en reconocimiento de estos derechos que se ha establecido por ley nacional 26.862 el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, incorporando dichas prácticas dentro de las coberturas de las obras sociales, como también la creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, por ley nacional 25.673, entre otros.

¹⁸ Al respecto, Alessio sintetiza: “La pregunta con relación a la inseminación asistida con dador de semen es: ¿debe prevalecer el derecho a la intimidad de los adultos por encima de los derechos del niño que no elige la forma y el medio por el que es concebido?” (ALESSIO, M.^a F., “La inseminación asistida con dación de espermatozoides y sus implicancias con relación al derecho del niño a la identidad y a la salud”, trabajo integrador final aprobado para la Especialización de Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, p. 98; http://www.calp.org.ar/uploads/docs/ALESSIO_PROCREACION_HUMANA_ASISTIDA_PUBLICACIONES_CALP.pdf.pdf, 15-8-2016).

primera instancia la explicación acerca de la procedencia de la persona resulta sustancial¹⁹. A pesar de ello, algunas legislaciones no han establecido la obligación de los padres de comunicar tales circunstancias.

Sin embargo, la discusión no puede circunscribirse al binomio “anonymato-información”, también se extiende respecto del alcance de esta última. Kemelmajer de Carlucci sostiene que “...está fuera de discusión que la identidad debe ser revelada en casos urgentes fundados en la salud de la persona nacida de estas prácticas, pero uno de los problemas más difíciles de solucionar es si esa persona tiene derecho a identificar a quien proporcionó el material genético”²⁰. Se trata, entonces, de una realidad compleja que no puede satisfacerse con respuestas simplistas. Existen diversas variables en las respuestas brindadas, sintetizadas por la doctrina en cuatro opciones:

a) *Verdad biológica que implica emplazamiento de estado de familia*. Este resultado se aplica en los supuestos de filiación por naturaleza, donde hay una correspondencia plena entre el dato biológico y la consecuencia jurídica. Tal es así que el sistema normativo permite accionar por el reconocimiento filial o impugnar el mismo cuando no se respeta tal equivalencia. Este principio general, primario y milenar ha encontrado como primera excepción la adopción, y luego la voluntad procreacional en las TRHA. Aplicado al supuesto de fecundación heteróloga arrojaría el resultado extremo de endilgar un compromiso paternofilial a quien no ha dado su consentimiento al respecto, sino sólo a quien ha donado un elemento genético. Con lógica, no se aplica en la actualidad a las TRHA²¹.

b) *Anonimato completo*. En otro extremo, la opción por el anonimato del donante trae como consecuencia el impedimento de todo contacto y relación entre los distintos intervinientes en el proceso de concepción.

¹⁹ HERRERA y LAMM, op. cit., p. 8.

²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Procreación asistida”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43, p. 109.

²¹ Una postura que sostiene un biologismo a ultranza encuentra como referente a Díaz de Guijarro, quien expresa que “es imposible que se admita un vínculo jurídico sin que preexista el vínculo biológico: la ley puede restar efectos a la realidad pero no atribuir realidad” (DÍAZ DE GUIJARRO, E., “Tratado de Derecho de Familia”, Tea, Buenos Aires, t. I, ps. 20 y 21).

Es decir, ni las personas que se someten al procedimiento de fecundación, ni el concebido, ni el donante tienen conocimiento mutuo; ergo, tampoco existe relación jurídica. Significa entonces una opción que garantiza la seguridad del donante, quien no se verá perturbado en su realidad social y jurídica. Igualmente para el o la receptora, quienes mantienen preservada la intimidad de la pareja, al no encontrarse con la necesidad de revelar al niño cómo fue concebido, o al menos la persona que ha participado al respecto.

c) *Anonimato relativo*. En esta variable se le permite al nacido por fecundación heteróloga conocer los datos biogenéticos del donante, sin identificarlo completamente. No resulta emplazamiento alguno en el estado de familia, dado que no se individualiza la persona del dador. Frente a la posible afectación del derecho a la salud, se advirtió la necesidad de acceder a información genética, sólo con ese fin y en ese límite. Ésta ha sido la postura adoptada por el Informe de Consejo de Europa (CAHBI-GT 87).

d) *Verdad total sin emplazamiento de estado de familia*. Por último, se ha establecido la posibilidad al concebido por TRHA no sólo de acceder a la información biogenética del donante, sino también a su completa identificación personal, pero sin acarrear consecuencia jurídica alguna. Entonces el involucrado podrá, en la medida que le interese, acceder a la información concreta y precisa que lo antecede, identificando por completo a su progenitor, pero sin posibilidad alguna de establecer vínculo jurídico con el mismo.

Entre las ofertas jurídicas enunciadas, Medina resalta la tensión existente entre las distintas pretensiones: el interés de mantener el anonimato, tanto por parte del dador como puede serlo del receptor, y el interés del hijo a conocer su realidad biológica, sea por motivos puramente personales o quizás con alguna trascendencia jurídica (impedimentos matrimoniales, etc.)²².

Por su parte, Mizrahi subraya el complejo de situaciones que han

²² Destaca la autora como un acierto la opción de la ley española, que sostiene la posición explicada ut supra: “el interés del donante a mantener el anonimato debe ceder ante el interés del hijo a conocer su identidad biológica” (MEDINA, G., “¿Existe un derecho subjetivo a la procreación?”, en *Jurisprudencia Argentina* 1996-III-789, p. 842).

de tenerse en consideración al momento de establecer la filiación, y no sólo la realidad biológica, siendo este último elemento insuficiente para conformar la relación filiatoria²³. Sin embargo, se entiende que excluida la posibilidad de establecer vínculo filial, la dimensión genética afecta a la conformación de la persona concebida por TRHA, con lo que más allá de las relaciones de familia corresponde tenerlo en consideración a los efectos de su propia identidad.

Kemelmajer de Carlucci reconoce esta distinción²⁴, afirmando que el derecho a conocer el origen biológico resulta prácticamente absoluto, admitiendo muy pocas excepciones, de carácter temporal. Sin embargo, la relación jurídica o de filiación reviste otro carácter, y advierte que el derecho a conocer el origen es una facultad del hijo, no tanto del donante, porque ha llegado a tales circunstancias sin ningún acto de voluntad. El dador puede no conocer el destino de su material genético, puesto que a tales consecuencias libremente se ha sometido, a diferencia del concebido.

Es así como se vislumbran en esta dimensión sociológica distintas clases de repartos. Decidido el anonimato, el repartidor que es el Estado por su legislación, provoca la impotencia del concebido por TRHA a conocer el origen biológico. A la inversa, podría configurarse un reparto de potencia si se permitiera acceder a dicha información. Cabría pensar si esta situación de silencio favorece a los repartidores, siendo entonces que a la inversa la información los perjudicaría.

7. Comparación con la adopción

Cuando se debate la separación entre realidad biológica y vínculo jurídico resulta inevitable referirse a la experiencia social más practicada al respecto: la adopción. Sin embargo, se advierte el riesgo de cristalizar resultados que han sido pensados para otras circunstancias, pasando por alto las particularidades y novedades de la actualidad.

²³ MIZRAHI, M. L., “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, en *La Ley* 2004-E-1197.

²⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 26, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 79.

Tanto en la adopción como en la fecundación heteróloga se produce un quiebre de la correspondencia entre el dato genético y el vínculo jurídico. En la primera se establece como consecuencia de una decisión de preservar a la persona de circunstancias disvaliosas, propiciando el interés superior del niño. En este marco, el acceso a la información respecto del origen de la persona adoptada ha sido consagrado como un derecho fundamental, y como instancia indispensable para la construcción saludable de la propia identidad. Esta posibilidad viene establecida como reconocimiento del vínculo primario que ha existido con los ascendentes. En cualquiera de las circunstancias, más allá de los diversos casos, hubo un lugar asignado a los progenitores, que luego ha sido trasladado al adoptante.

En cambio, en los procesos de fecundación heteróloga el donante no establece ningún tipo de vínculo con el receptor del material genético. Ello no significa que su intervención sea liviana; por el contrario, su presencia ha sido fundacional en la persona concebida por este procedimiento. Pero desde la constitución misma de su ser los que han asumido la relación filial son los que han expresado la voluntad procreacional, siempre la misma persona. No existe una vinculación *biológica* entre donante y concebido, sino un nexo exclusivamente *genético*²⁵. Advertida la diferenciación en el plano de la realidad social, se evidencia el distinto tratamiento que merecen en el plano normológico.

8. Un antecedente paradigmático

Interesante resulta un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en donde se aborda la pro-

²⁵ Así lo indican con claridad Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm: “La comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera, porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (*bio*, vida); en la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético; por eso, con mayor precisión, se habla del «derecho a la información»” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en *La Ley* 2012-E-1257; cita online: AR/DOC/5149/2012, p. 3).

blemática de la identidad de los donantes de gametos²⁶. Los actores son los padres de dos niñas concebidas por esta fecundación heteróloga, desconociendo la identidad de la donante del óvulo de una de ellas. En protección de sus derechos personalísimos exigen la creación de un registro con información de todos los donantes de gametos con que cuentan los centros especializados del país. Los padres pretenden así garantizar a sus hijas y a todas las personas en idéntica situación que, alcanzada la mayoría de edad, puedan acceder a información de los donantes de los genomas que constituyeron sus personas, previa autorización judicial²⁷.

En este antecedente se destacan varios elementos de discusión. En primer lugar, la ausencia de un organismo público que recoja información tan valiosa, como acerca de los donantes de gametos. Hasta el momento sólo entidades privadas llevaban un registro, con criterios propios y sin control público en tal sentido. En segundo lugar, los actores expresan una específica concepción del derecho a la identidad de las personas concebidas por fecundación heteróloga. Comprenden la sensibilidad de la información que constituyen los datos de los donantes de gametos, entendiendo que sólo alcanzada la mayoría de edad y previa autorización judicial podrían acceder a la misma. Advierten que, llegado el momento de ejercer tal pretensión en concreto, se encontrarían ante la imposibilidad material de efectuarla al no existir un registro que reúna y garantice la información solicitada. Es decir, se trata de una prevención que permitiría luego el ejercicio pleno del derecho a la identidad de los niños involucrados y de cualquier otra persona. Se destaca la necesidad de dar respuesta urgente a la problemática, y se invoca trato discriminatorio, en comparación con el acceso a la información que tienen los niños adoptados. Asimismo, con la creación de tal registro los actores expresan que se estaría garantizando a todas las personas en idéntica situación el derecho a la identidad.

²⁶ CNFed.CAdm., sala V, 29-4-2014, “C., E. M. y otros c/EN. M° Salud s/Amparo ley 16.986”, *La Ley Online*: AR/JUR/11447/2014.

²⁷ “...los demandantes argumentan que el derecho de las personas nacidas en virtud de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo a conocer su verdadera identidad debe prevalecer frente al derecho al anonimato del donante de gametos” (punto III del voto de los doctores Treacy y Alemany; íd.).

La Cámara distingue dos aspectos de la pretensión de los amparistas: por un lado, la legitimación particular de los padres en relación con una de las niñas, de cuyo donante no se conoce información; y por otro lado, la creación del registro general que recoja datos de todos los donantes, y no sólo del centro médico que intervino en la fertilización de esa niña.

Luego de destacar la importancia del derecho a la identidad, se expresa la obligación del Estado nacional de garantizar los medios para ejercer su protección. Indica que la falta de custodia de la información referida a los donantes de gametos no se condice con la obligación estatal de garantizar y respetar los derechos reconocidos en el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es así como por decisión mayoritaria se acoge parcialmente el amparo, ordenando al Ministerio de Salud que asegure la preservación de la información relativa a la identidad del donante, manteniéndola en forma reservada y sin dar acceso a ella. El voto mayoritario expresa que sólo corresponde aceptar la legitimación de los padres con relación al primer aspecto, es decir, sólo en relación con la hija de los amparistas de cuyo donante se desconoce información. Entiende que no se configura en el caso una acción de clase que permita la creación del registro general pretendido. Lo contrario implicaría invadir las competencias propias de cada poder del Estado, reconociendo entonces el deber de los legisladores de encontrar una respuesta jurídica para ello.

Sin embargo, el voto en disidencia del doctor Gallegos Fedriani reconoce que los amparistas persiguen la protección de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, avalando la pretensión completa²⁸.

Aunque resulta anterior a la sanción del Código Civil y Comercial, el fallo comentado mantiene su vigencia. El nuevo texto legal nada dice respecto de la necesidad de conservar la información de donantes, incluso para llegado el caso de decisión judicial que lo permita, en los términos de los artículos 563 y 564.

²⁸ Punto III del voto del doctor Gallegos Fedriani (íd.).

9. Estado normativo en el país

En 2013 se sanciona en Argentina la ley nacional 26.862, que consagra las técnicas de reproducción humana asistida. Allí se reconoce la donación de gametos, aunque no se regulan las relaciones posteriores entre los involucrados en dicho proceso. Ello significó que el universo de situaciones que partían del uso de las TRHA se encontraba sujeto a criterios médicos, a modalidades aprendidas del extranjero, y en algunos pocos casos alcanzando certeza por resolución judicial²⁹.

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial de Argentina se aportaron algunos elementos respecto de las TRHA:

a) *Conocimiento de la fecundación heteróloga*. El sujeto concebido por TRHA podrá ejercer su pretensión de acceso a la información en la medida en que conozca su procedencia. Resulta indispensable que la persona sepa que ha sido concebida por estas técnicas. No existe aún una obligación expresa de los padres de transmitir los orígenes a sus hijos, como sí se establece para el supuesto de adopción (art. 596). Sin embargo, advirtiendo que estas circunstancias no pueden obviarse, el nuevo Código dispone que cuando se trata de donación de gametos de un tercero debe constar en el legajo base de inscripción del nacimiento. Aun si sus padres no dieran respuesta, la persona involucrada podría conocer las circunstancias de su concepción al acceder a dicho legajo, pero sólo en este supuesto de intervención de un tercero en la fecundación. La primera pregunta que surge entonces es cómo tienen acceso a dicha información, siendo que no hay obligación de transmitirlo. En segundo orden, nos cuestionamos si las personas concebidas por TRHA en donde no hubo donación de gametos pueden igualmente conocer su procedencia. En una interpretación exegética diríamos que de las expresiones del texto legal pareciera entenderse por la negativa. Pero en razón de un criterio amplio de entendimiento de los derechos personalísimos, en miras a mantener la igualdad de derecho, sostenemos su posibilidad en el caso concreto.

²⁹ “El anonimato del donante es, pues, una costumbre proveniente de la praxis médica que acabó imponiéndose en el resto de los ámbitos y en la propia administración sanitaria” (ALKORTA IDIAKEZ, I., “Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y Comparado”, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 35).

b) *Anonimato relativo*. En el artículo 564, inciso a, se establece la facultad en cabeza del concebido por TRHA de obtener datos médicos del donante por parte del centro de reproducción interviniente, y siempre en la medida en que acredite que ello resulta relevante para su salud. Es decir, se opta por el anonimato relativo. Cabría precisar cómo corresponde acreditar dicha emergencia sanitaria, si fuera necesario demostrarlo en un proceso judicial, o si dicha evaluación se realizaría conforme a los criterios del propio centro médico. Siendo que en el supuesto contemplado en el inciso b, de dicho artículo se exige resolución de un magistrado, *a contrario sensu* podríamos inferir que en el primer caso no es necesaria, al no establecerlo expresamente. Corresponderá integrar estas normas a partir de las interpretaciones que se efectúen desde la reglamentación, la doctrina y la jurisprudencia.

c) *Identidad completa*. Por último, el artículo 564, inciso b, instituye la posibilidad de acceder a la identidad del donante mediando dos requisitos: acreditar razones debidamente fundadas y autorización por resolución judicial.

En consecuencia, se concluye que el principio general pareciera ser el anonimato del donante. Pero tal decisión no constituye una valla insalvable. Existe consenso respecto de permitir al concebido por TRHA acceder a la información médica del donante cuando se encuentra involucrada una cuestión de salud. Lo novedoso del cuerpo normativo es que deja abierta la posibilidad de acceder a la identidad completa, dejando la evaluación de las razones en cabeza del magistrado en el caso concreto³⁰.

Podría resultar que una persona alcanzara a demostrar que, conforme a la constitución de su ser, su estado psíquico y social, su proyecto vital, el desconocer la identidad del donante provocase una perturbación grave en su identidad, disponiéndose en consecuencia la revelación de la identidad completa del donante. Lo que no podría establecerse es

³⁰ Al respecto, interesante resulta ser el aporte de Famá: “Más allá de la interpretación literal de la norma proyectada, una interpretación menos restrictiva de la limitación legal a la luz del principio *pro homine* llevaría a sostener que el acceso a los orígenes constituye por sí solo una de las ‘razones debidamente fundadas’ que ameritan el conocimiento de los datos identificatorios del donante de material genético, sin que ello pueda quedar a criterio de la autoridad judicial” (FAMÁ, op. cit., p. 190).

alguna vinculación filiatoria. Así, en el artículo 562 queda asentada la independencia de quien aportó los gametos, instituyéndose como padres a quienes han manifestado su voluntad procreacional.

10. Ponderación de valores en juego

Se ha indicado el carácter sustancial y personalísimo del derecho a la identidad de una persona. La mayoría de la doctrina civilista argentina coincide en la imposibilidad de construir la propia identidad sobre la falta o falso conocimiento relativo a la procedencia. También existe amplio consenso en que la identidad del dador de gametos debe ser revelada cuando se encuentran involucradas cuestiones de salud del concebido por fecundación heteróloga³¹.

Aun con la nueva regulación que en la materia arroja el Código Civil y Comercial, el debate persiste respecto de la interpretación y alcance de la norma, de la justicia o injusticia de la misma. Sin dudas, la temática se encuentra atravesada por una dimensión dikelógica. Antes de exponer nuestras conclusiones, podremos estudiar las razones alegadas por cada postura, a fin de intentar entender la ponderación de valores que realizan.

a) *Argumentos a favor del secreto*. Quienes se manifiestan vehementemente por mantener el anonimato absoluto del donante de gametos invocan razones fundadas en la necesidad de velar por la unidad familiar e intimidad de las personas que recurrieron a las TRHA. Lo contrario implicaría poner en evidencia las dificultades o razones por las que se optó por tal procedimiento, afectando aspectos íntimos. Se invocan los derechos a la libertad reproductiva y el derecho a la salud, en cuanto la persona es libre de escoger el modo en que concebirá a

³¹ HERRERA, M., “El derecho a la identidad en la adopción”, 1ª ed., Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 116; MIZRAHI, M. L., “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 63; DI LELLA, P., “Paternidad y pruebas biológicas”, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 86; FAMÁ, M.ª V. y HERRERA, M., “Un *leading case* sobre responsabilidad civil en materia de filiación. ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?”, en *Jurisprudencia Argentina* 2004-III-392; KEMELMAJER, “Procreación...” cit., p. 109; CSJN, 29-10-87, “Scaccheri de López, María s/Denuncia”, voto del Dr. Petracchi; KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LAMM, op. cit.

sus hijos, sin tener que brindar explicaciones a terceros. Recogiendo los fundamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, se encuentran involucrados los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia³².

También se indica que puede resultar perjudicial para el niño conocer las circunstancias por las que fue concebido, provocando quizás una desviación afectiva hacia el donante, en detrimento de los padres. Se expresa la preocupación de que el dador pueda intentar algún tipo de vínculo con el concebido o con la familia. Asimismo, se evoca una afectación al derecho a la intimidad del donante, quien no pretende revelar su carácter; intimidad que podría verse violada y lesionada si se conociese la donación de gametos.

Sin embargo, los argumentos más consistentes se sostienen desde el valor *utilidad*: suprimido el anonimato podría derivarse un menor número de personas que quisieran donar sus gametos, resultando entonces un perjuicio y una limitación a todas las personas que quieran concebir por esta técnica. Se pretende entonces mantener la subsistencia de las prácticas de reproducción asistida, sin escasez de gametos donados.

En otro orden de ideas, el posicionamiento acerca del anonimato deviene de conceptualizar a la procreación como un derecho absoluto³³. Indican que no podría entenderse un verdadero ejercicio de las liber-

³² Corte IDH, 28-11-2012, “Artavia Murillo, Grettel y otros vs. Costa Rica”, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, 11-6-2017.

³³ En la doctrina nacional, Cifuentes ha conceptualizado el derecho a procrear como derecho personalísimo, como un modo de ejercicio de la libertad sexual. Entiende que la procreación es una decisión personal y no debe ser controlada ni limitada por el Estado ni por el Derecho. En otro sentido, Medina explica que no existe un derecho a la concepción, sino una libertad de concebir o no. Reconoce el derecho a procrear como derecho personalísimo, sea natural o artificial la concepción; pero indica que el mismo se encuentra en relación con los derechos de los demás, en particular el derecho del niño (CIFUENTES, S., “Derechos personalísimos”, 3ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2008; MEDINA, G. y WINOGRAD, C., “Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y la jurisprudencia comparada”, en *Jurisprudencia Argentina* 2000-IV-1078). Otros entienden que el derecho a procrear no es derecho humano, pero sí lo es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa (HIDALGO, S. N. R., “Congelamiento y destrucción de embriones, ¿avance o retroceso?”, en *La Ley* 1993-D-1112).

tades constitucionales, en especial a trazar el proyecto de vida, y un adecuado resguardo a la intimidad si no se garantizara el anonimato de los donantes³⁴. Por último, expresan que no se encuentra afectada la identidad del concebido por fecundación heterónoma, porque no existe un derecho constitucional a conocer la identidad completa del donante.

b) *Argumentos en contra del secreto*. Como contrapartida, quienes se oponen al anonimato destacan que muchas de las razones alegadas precedentemente podrían sostenerse frente a terceros, pero no ante la persona concebida por fecundación heteróloga, porque también involucra cuestiones de su propia intimidad y de su salud. Frente al interés superior del niño, dicha pretensión merece ceder.

Tampoco se encuentra evidencia psicológica que demuestre que el anonimato fortalece la relación parental de la pareja receptora respecto del hijo. Por el contrario, sí se han comprobado los daños que acarrea el desconocimiento del origen. Respecto de la intimidad del donante, destacan que si se advierte previamente la posibilidad de revelar su identidad sin ningún tipo de consecuencia jurídica, el dador puede asumir las derivaciones de la decisión que adopta. Es decir, se encuentra realizando un acto con el conocimiento de las consecuencias que ello implica³⁵. Por el contrario, el concebido por fecundación heteróloga no tuvo participación voluntaria en el proceso, por lo que pareciera que no podrían limitarse sus derechos por las decisiones de sus progenitores.

Subsiste el argumento práctico de mantener la oferta de dadores suficiente para permitir las TRHA. Podría dilucidarse por una consulta a los donantes, evaluando si estuvieran dispuestos a realizar el procedimiento aun con la posibilidad del conocimiento de su identidad.

³⁴ ARSON DE GLINBERG, G. H. y SILVA RUIZ, P. F., “La libertad de procreación”, en *La Ley* 1991-B-1198; *Jurisprudencia Argentina* 1989-IV-875.

³⁵ Incluso algunos han sostenido que existe no sólo el derecho del concebido por TRHA a conocer su procedencia, sino también el derecho del dador a saber el destino final del material genético dado, accediendo a conocer a la persona procreada (VIDAL MARTÍNEZ, J., “Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: introducción y panorama general”, en *Revista general de Derecho*, 1986, ps. 3718-3719).

En consecuencia, quienes se oponen al anonimato del dador entienden alterado el derecho a la identidad del concebido por fecundación heteróloga. Fundamentan que toda persona tiene derecho a conocer su origen genético, no sólo por problemas de salud hereditarios, sino por el mismo derecho a conocer la información. Expresan que la verdad escondida afecta al desenvolvimiento de la familia, y se evidencia cuando se pretende ocultar un tema. Indican en tal sentido las experiencias en los casos de adopción, donde la comunicación de las circunstancias de origen ha sido más saludable que el desconocimiento. Manifiestan entonces un trato discriminatorio respecto de los hijos adoptados, quienes sí pueden acceder a la información de procedencia, sin alterar el emplazamiento filiatorio³⁶. Expresan que el conocimiento del origen permite un adecuado ejercicio del derecho a la libertad y a la dignidad de la persona³⁷.

Hemos reconocido el consenso existente en permitir el acceso a los datos biogenéticos del donante por cuestiones de salud. Tal posibilidad se encuentra expresamente incluida en la actual regulación nacional argentina. Por las particularidades de cada persona, no pareciera posible establecer una generalidad al decir que en todos los casos de anonimato se encuentra afectada la identidad personal. Quizás justamente por ello se abre la posibilidad de demostrar todos los argumentos expresados por esta postura por medio de un proceso judicial y no presumiendo previamente tales circunstancias.

³⁶ “...De las normas anteriormente expuestas se desprende que el artículo 564 (inciso b) es discriminatorio por cuanto consagra categorías de hijos con derechos diferenciados. Pero también es preciso hacer notar que dicho precepto no considera el interés superior del niño que debe presidir en toda relación y situación jurídica en que esté comprometido, de algún modo, este interés” (URBINA, P., “La voluntad procreacional como causa fuente de discriminación”, en *La Ley* del 19-11-2014; *Digesto Jurídico* del 20-8-2015; cita online: AR/DOC/3826/2014).

³⁷ Incluso en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se acogió la propuesta sostenida por el Dr. Alejandro Molina: “...importa violación al derecho a la identidad personal toda forma de fecundación artificial heteróloga, sea a través de procedimientos in vitro o intra útero, con células germinales de donante anónimo” (conclusiones Comisión N° 1, “Parte general: Identidad personal”, aprobada por mayoría [19 votos], XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1997; <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-20-XVI-Jornadas-1997.pdf>, 25-11-2016).

11. Conclusiones

La discusión en la materia nos arroja dos tipos de análisis. Estimando el complejo axiológico (*axiología dikelógica*), reconocemos que ciertos valores cuentan con primacía sobre otros. Desde esta perspectiva, pareciera que el respeto a la identidad personal, mejor expresado en el conocimiento de la procedencia, que consagra el valor *verdad* debe prevalecer ante el valor *utilidad* o *poder* o *privacidad* alegado en defensa del anonimato. No todos han interpretado en este sentido³⁸.

Sin embargo, en dicha abstracción corresponde estudiar el contenido de la justicia (*axiología dikelógica*). Nos preguntamos entonces si resulta legítimo que el reparto “anonimato” lo efectúen los mismos actores que se benefician con el mismo, que se protegen, es decir, los dadores de gametos o quienes han expresado la voluntad procreacional³⁹, o los centros de reproducción médicamente asistida. Pareciera ser una cuestión en la que se encuentran involucrados derechos de beneficiarios que reciben el reparto exclusivamente por merecimientos, sin ningún tipo de intervención voluntaria. Quizás entonces sea justo reconocer como repartidor de dichas facultades al Poder Legislativo, en tanto representante del pueblo. Será también repartidor el actor del Poder Judicial que establezca la facultad consagrada en el artículo 564, inciso b, previa escucha del beneficiario.

Como decíamos, la cuestión a dirimir es si la búsqueda de la verdad resulta un valor absoluto o relativo, es decir, siempre valioso o dependiendo de su relación con otros valores. De esa ponderación justamente se trata el quid de la cuestión, que implica una política de Estado y consagra sin duda la idiosincrasia de un pueblo particular.

³⁸ “El interés legítimo de los niños que nacen del uso de las técnicas con donación de óvulos o espermias a ser informados es significativo desde que el respeto a la vida privada requiere que toda persona pueda establecer detalles de su identidad como ser humano individual, pero este conocimiento de la identidad no es un derecho absoluto” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, en *La Ley* del 20-9-2010, p. 5).

³⁹ “El derecho a concebir un hijo mediante material genético de terceros no se puede ejercer arrollando el derecho del nacido a la plenitud física y psíquica de vida, y por ende a su identidad. Los que reproducen no se pueden atribuir la facultad de limitar aquel derecho en alguna medida” (ALESSIO, op. cit., p. 105).

En este sentido, Famá aporta un interesante análisis de proporcionalidad; realiza un test a fin de evaluar la lógica de la norma en las limitaciones que establece respecto de las TRHA. En primer lugar, entiende que disociar el emplazamiento filial del dato biológico resulta legítimo y proporcional, pero agrega que tal limitación será razonable en la medida en que se reconozca un derecho amplio a conocer los orígenes. Entiende la citada autora que éste es un aspecto autónomo del derecho a la identidad. Reputa que la regulación argentina no supera el test de proporcionalidad, afectando el principio *pro homine*, y propone que no sea requerida la evaluación judicial para conocer la identidad completa del donante⁴⁰.

La pregunta sería si realmente estamos elaborando respuestas jurídicas que aspiren a la justicia del caso o si en realidad se pretende encontrar justificaciones a una opción por el anonimato previamente ya adoptada, para evitar riesgos en los procedimientos de fecundación asistida tan extendidos en el mundo⁴¹. La mayor libertad que podamos sostener frente a la problemática nos permitirá alcanzar respuestas jurídicas integradoras, superadoras y que abarquen los intereses de los distintos involucrados. O al menos serán las respuestas más cercanas a la justicia posible.

El descubrimiento de las propias condiciones de vida, con sus posibilidades y limitaciones, nos permite esbozar nuestro programa existencial con mayor independencia. Erguirse sobre nuestros condiona-

⁴⁰ “...La medida luce desproporcionada si se observan dos cuestiones. Por un lado, que quien dona su material genético lo hace en pleno ejercicio de su libertad, es decir, se coloca voluntariamente en esa situación, de modo que no parece irrazonable exigirle que asuma las consecuencias de su accionar. En cambio, el niño o adulto concebido por TRHA ha sido ajeno al acto por el cual se accedió a la procreación y no ha prestado su consentimiento a tales fines” (FAMÁ, op. cit., ps. 189 y ss.).

⁴¹ Concluye Soler Beltrán con una conclusión acusadora: “...el anonimato del donante es una construcción ad hoc que trata de salvaguardar intereses de las personas que intervienen en las actuaciones médico-biológicas de la reproducción asistida, pero que impiden el ejercicio básico de los derechos del hijo, entre los que figura el derecho a conocer su origen” (SOLER BELTRÁN, A. C., “La cuestión del anonimato del donante de gametos”, en *Noticias Jurídicas*, mayo de 2002, cit. por LAMM, E., “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2008, p. 83; <https://core.ac.uk/download/pdf/16201548.pdf>, 11-6-2017).

mientos para trazar desde allí un ser auténtico requiere de un gran acto de valentía, precio de la libertad. Quien esté dispuesto deberá realizar una gran tarea; posiblemente no resulte valioso establecer obstáculos o impedírselo. Quizás el lugar donde nos situemos frente a estas preguntas pueda decirnos algo sobre nuestra propia identidad, arrojarnos algo sobre nuestro propio yo. O quizás lleguemos a conocernos desde el rostro del otro⁴².

Bibliografía

- AHARGO, Ana Clara, “El derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes”, en Doctrina Judicial del 26-12-2013; cita online: AR/DOC/3390/2013.
- ARSON DE GLINBERG, Gloria H. y SILVA RUIZ, Pedro F., “La libertad de procreación”, en La Ley 1991-B-1198; Jurisprudencia Argentina 1989-IV-875.
- BIDART CAMPOS, Germán, “Las realidades biológicas y las normas jurídicas”, en El Derecho 157-881.
- CIFUENTES, Santos, “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”, en La Ley 2001-C-759, nota al fallo 102.148, CNCiv., sala J, 11-7-2000, “Q., C. c/I., R. y otros”.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en Jurisprudencia Argentina 1965-III, Año XXVII (núm. 2238), Buenos Aires, mayo de 1965.
- FAMÁ, María Victoria, “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en Lecciones y Ensayos (núm. 90), 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El derecho a la identidad personal”, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, “Derecho Constitucional de Familia”, Buenos Aires, Ediar, 2006.

⁴² LÉVINAS, E., “Totalidad e infinito: ensayo sobre la exterioridad”, Sígueme, 1997.

- HERRERA, Marisa, “El derecho a la identidad en la adopción”, 1ª ed., Buenos Aires, Universidad, 2008.
- HERRERA, Marisa; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en La Ley 2012-E-1257, del 9-10-2012; cita online: AR/DOC/5149/2012.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”, en La Ley 2014-D, del 20-8-2014; cita online: AR/DOC/2545/2014, comentario a fallo de la CNFed.CAdm., sala V, 29-4-2014, “C., E. M. y otros c/EN. Mº Salud s/Amparo ley 16.986”.
- HOOFT, Pedro F., “Bioética y derechos humanos. Temas y casos”, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- ÑIGO, Delia; LEVY, Lea y WAGMAISTER, Adriana, “Reproducción humana asistida”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Universidad, 1994, t. III.
- JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María, “Fecundación asistida e identidad personal”, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2016.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación”, en Revista de Derecho de Familia (núm. 26), Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en La Ley 2012-E-1257; cita online: AR/DOC/5149/2012.
- KRASNOW, Adriana N., “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, en La Ley del 20-11-2007.
- “La verdad biológica y la voluntad procreacional”, en La Ley 2003-F-1150.
- LAMM, Eleonora, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2008; <https://core.ac.uk/download/pdf/16201548.pdf>, 11-6-2017.
- LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián Eduardo, “El derecho a la identidad y el emplazamiento filiatorio en las prácticas de procreación asistida”, en *El Derecho de Familia en Latinoamérica*, en Semanario Jurídico 103-2011-A-697.

- MEDINA, Graciela, “¿Existe un derecho subjetivo a la procreación?”, en Jurisprudencia Argentina 1996-III-789.
- MIZRAHI, Mauricio L., “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- URBINA, Paola, “La voluntad procreacional como causa fuente de discriminación”, en Digesto Jurídico del 19-11-2014, p. 18; Derecho de Familia y de las Personas del 20-8-2015, p. 218; cita online: AR/DOC/3826/2014.

EL PRINCIPIO DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

DISCUSIONES SEMÁNTICAS Y PERSPECTIVAS ACTUALES

por ANA MARÍA RAGGIO*

SUMARIO: 1. La representación política: definiciones y reflexiones. 2. El liberalismo político en las raíces de las democracias representativas. 3. La representación política en una mirada de largo plazo. 4. Valoración propia. Bibliografía consultada.

Resumen

La representación política es una institución propia de la modernidad clásica, heredada del constitucionalismo decimonónico; no se concibe sino a través del ejercicio del poder por parte de representantes.

La misma se constituye a partir del momento en que la titularidad del poder comienza a ser reconocida en el pueblo, y éste ya no puede gobernarse a sí mismo.

La misma hunde sus raíces en el modelo decimonónico liberal, con el triunfo a favor del formato de representación indirecta con mandato fiduciario.

Ante la pregunta: ¿Qué es la representación?, no sólo carecemos

* Magíster en Ciencia Política y Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso). Profesora adjunta de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Docente investigadora categorizada del Programa Incentivos, Ministerio de Educación de la Nación.

de una definición universalmente válida o aceptada, sino que también existen definiciones ambiguas, que resultan inútiles, mientras que otras son tan específicas que terminan siendo incompletas. Resulta entonces necesario analizar la representación política desde un enfoque multidimensional.

Además de analizar el concepto clásico de la representación política, planteamos que la misma se ve atravesada por transformaciones, dentro de las cuales planteamos la crisis que vive la institución, producto de una sociedad fragmentada y globalizada, afectando el campo de la política y de los partidos. Estos cambios que se han dado a partir de lo que denominamos segunda modernidad han encontrado a los individuos cuestionando a las instituciones, y a la representación política en particular.

Abstract

Political representation is a typical institution of classic modernity, inherited from nineteenth-century constitutions; it is not conceived but through the exercise of power.

It is constituted from the moment in which the ownership of power begins to be recognized on the people, and this already can not govern itself.

It has its roots in the 19th century liberal model, with the triumph for the format of indirect representation with trust mandate.

To the question: what is representation?, we not only lack an universally valid or accepted definition, but there are also ambiguous definitions, which are useless, while others are so specific that they end up being incomplete. It is then necessary to analyze political representation from a multidimensional approach.

In addition to analyzing the classical concept of political representation, we propose that it is crossed by transformation, within which raised the crisis affecting the institution, product of a fragmented and globalized society, affecting the field of politics and parties. Some of these changes have occurred from what we call second modernity, they found individuals questioning institutions, and political representation in particular.

Palabras clave

Representación. Política. Crisis.

Keywords

Representation. Politics. Crisis.

1. La representación política: definiciones y reflexiones

Existen unos rasgos fundamentales del presente democrático que traen la marca indeleble de la modernidad burguesa.

CARLOS STRASSER¹.

Escribía Thomas Paine hacia 1792 que, de acuerdo con la clásica diferenciación entre la política de los antiguos y modernos, la democracia de los antiguos era directa y la de modernos representativa².

La representación política era una institución desconocida para los antiguos; en cambio, la forma representativa de gobierno estaba asociada con el moderno ejercicio del poder. Es decir, a través de representantes.

Es necesario destacar que al moderno principio representativo a que hacemos referencia le llevó un largo tiempo desarrollarse³.

¹ STRASSER, C., “Democracia & desigualdad. Sobre la democracia real a fines del siglo XX”, Clacso-Asdi, Buenos Aires, 1991, p. 51.

² PAINE, T., “Los derechos del hombre. Parte II”, en *Escritos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 187.

³ En la Europa medieval los reyes constituían una institución divina, responsables ante Dios. No obstante, se esperaba que acataran ciertas normas de “orden natural”, que obligaba a los monarcas y a los súbditos.

La Iglesia, como institución y guía espiritual de los monarcas cristianos, estatuyó principios generales destinados a regular el ejercicio de aquéllos.

Pero ya desde el siglo XIII, los caballeros de los condados y los jefes de las villas eran consultados cada tanto por los reyes, si bien la época y naturaleza de la consulta la decidía el monarca. Este lejano precedente de representantes llamados, en este caso a ofrecer consejos, no hablaban por sus poblaciones, sino por los intereses colectivos, locales o profesionales. Los representantes eran dueños de propiedades,

Por lo tanto, encontramos que cierto grado de representación es inherente a todo sistema político. Ahora bien, si nos hacemos la pregunta: ¿Qué es la representación?, no sólo carecemos de una definición universalmente válida o aceptada, sino que también existen definiciones ambiguas, que resultan inútiles, mientras que otras son tan específicas que terminan siendo incompletas. Resulta entonces necesario analizar la representación política desde un enfoque multidimensional.

La representación política se constituye en un instrumento, ideado a partir del momento en que la titularidad del poder comienza a ser reconocida en el pueblo, y éste ya no puede gobernarse a sí mismo.

Giovanni Sartori define a la democracia representativa como un sistema político basado sobre el poder popular, en el sentido de que la titularidad pertenece al pueblo, mientras que el ejercicio es confiado a los representantes, periódicamente elegidos por el pueblo⁴.

La representación implica una relación social, donde existe un dominante que actúa en nombre de un dominado; en otros términos, un representante, en nombre de un representado; un gobernante o un legislador, en nombre de sus gobernados. Ellos actúan en nombre de sus representados para la satisfacción de determinados intereses o demandas de tipo general.

Se puede encontrar una coincidencia desde un punto de vista sociológico, como también jurídico, definiendo a la representación como una acción simbólica destinada a hacer presente lo que está ausente, hablar en lugar de otro; de acuerdo a Pierre Bourdieu, representar significa actuar como si lo hiciera otro; en última instancia el que representa decide en lugar del grupo representado⁵.

La representación política, de acuerdo a Justo López, es una relación

voceros de las corporaciones comerciales. Del siglo XVII en adelante, ideas de igualdad y responsabilidad surgieron de tanto en tanto en escritos de pensadores políticos o en algunos movimientos políticos, como por ejemplo, los *Diggers* en Inglaterra o los *Levellers*, quienes de alguna manera reclamaban el derecho de los hombres a ser representados como individuos antes que como corporaciones o intereses creados.

⁴ SARTORI, G., "Elementos de teoría política", Alianza, Madrid, 1992, p. 225.

⁵ BOURDIEU, P., "La delegación y el fetichismo de lo político", en *Cosas dichas*, Gedisa, Buenos Aires, 1994, p. 154.

establecida entre los miembros de un grupo humano jurídicamente organizado (representado) con un órgano (representante), en virtud de la cual la voluntad de este último se considera como expresión de la voluntad de aquéllos⁶.

Junto a estas definiciones, que podríamos denominar sustantivas, existe otra gama de conceptualizaciones, por medio de las cuales la representación política pasa a tener una función adjetiva. Las mismas han servido para nombrar y distinguir la doctrina y el régimen surgido con posterioridad a las Revoluciones americana y francesa respectivamente.

De acuerdo a Norberto Bobbio, en aquellas democracias que reciben la adjetivación de representativas las deliberaciones políticas se realizan por medio de representantes elegidos por el pueblo. La voluntad de aquéllos se expresa como la voluntad de los representados⁷.

En las democracias representativas existe una relación entre representante y representado que reúne las siguientes características:

- 1) El representante goza de la confianza del cuerpo electoral y una vez elegido ya no es responsable frente a sus electores, por lo tanto su mandato no es revocable.
- 2) A su vez, no es responsable directamente frente a sus electores, justamente porque está llamado a tutelar los intereses generales de la sociedad y no los intereses particulares de alguna profesión o sector⁸.

Carlos Strasser señala que respecto al tema de la representación política, teniendo en cuenta la consideración precedente, es necesario distinguir tres tipos de representación política: a) la representación por mandato, la cual es imperativa y vinculante; b) la representación fiduciaria: la misma entrega al representante electo la libertad y la ejecución de la voluntad y los intereses del representado, y por último c) la representación por afinidad, conocida como sociológica o espe-

⁶ LÓPEZ, M. J., "Introducción a los estudios políticos. Teoría política", Kapelusz, Buenos Aires, 1969, vol. I, p. 99.

⁷ BOBBIO, N., "El futuro de la democracia", Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 54.

⁸ Íd., p. 56.

cular: la misma reúne las características del fiduciario, pero se le agrega la condición de ser representante en función de la misma condición social, laboral. Esa condición de par supone la posibilidad del más fiel cumplimiento de la representación⁹.

La representación política, que rige las modernas democracias, es del tipo fiduciaria; es ella la mejor posible. Siguiendo con el desarrollo de Carlos Strasser, "...la democracia representativa no puede ser otra cosa, al menos la mayor parte del tiempo y en la mayor parte de los asuntos, que la concepción de un gobierno efectivo por los representantes"¹⁰.

Sin embargo, bien puede plantearse, desde una postura realista, que los representantes no siempre están representando el interés general¹¹.

Representar significa "dar presencia", "hacer presentes" a otros. En el caso concreto de la representación política, los gobernantes "actúan como" lo harían los que están representando¹².

Darle o negarle representatividad a los representantes (gobierno, diputados, senadores, concejales) significa que la sociedad se identifica –o no– con ellos. Lógicamente ello nos llevará a que a través de este proceso se legitime el gobierno y su ejercicio.

La representación se presenta como una sustitución legítima, en virtud de la cual una persona está autorizada a obrar en nombre de otra y desde este punto de vista representa una legitimación de la autoridad que actúa representativamente¹³.

⁹ STRASSER, C., "Para una teoría de la democracia posible. Idealizaciones y teoría política", Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1999, p. 60.

¹⁰ *Id.*, p. 61.

¹¹ Esta posición es la que se sostendría cuando se manifiesta la existencia de una crisis de representación. Sin embargo, ello no contradice que la única manera posible de existencia de la democracia radica en la existencia de la representación con formato fiduciario. De hecho no puede desconocerse que no es posible la "representación fiel", el ideal de la identificación plena entre representante y representado, la confianza es depositada en el representante, pero no existe una garantía formal de que se cumplirá; ése es el dilema de la democracia.

¹² BOURDIEU, *op. cit.*, p. 155.

¹³ SÁNCHEZ AGESTA, L., "Principios de teoría política", Alianza, Madrid, 1978, p. 187.

El formato que toma la representación política la convierte en una singular manifestación, que adquiere un perfil especial en la Ciencia Política. La representación es una sustitución, como ya se mencionó, pero es real y pública, es decir, se realiza ante alguien; los actos del representante se toman como si los hiciera el representado¹⁴.

La representación política implica “la presencia” del pueblo con su voluntad, sus intereses, sus opiniones y sus pretensiones en los órganos de decisión política, es decir, a través de sus representantes. Teniendo en cuenta la opinión del constitucionalista Jorge Vanossi, la representación supone que el gobernante hace lo que el propio pueblo haría si ocupara ese lugar directamente. Sostiene el mencionado autor que existe una estrecha relación entre el pluralismo de las sociedades democráticas evolucionadas y la representación política, así como también con la separación de poderes¹⁵.

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas precedentemente, la representación política es la piedra fundamental de la noción moderna de la forma de gobierno democrática, la cual se constituye en un tipo particular de Estado: obviamente nos referimos al Estado Constitucional de Derecho.

¹⁴ PITKIN, H., “El concepto de representación”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 137. De acuerdo a la autora, ésta constituye la ficción principal, que descansa en la base de la representación moderna, al menos desde Hobbes, quien ya aducía que los súbditos, por haberlo instituido, son coautores de las decisiones del soberano.

La referencia a Hobbes no constituye novedad alguna; en los Capítulos XVI y XVIII, de su obra “El Leviatán”, se habla por primera vez de ese juego, de esa ficción entre un autor y un actor, de una dialéctica, donde el representante habla con la voz del representado, creándose en esa visión hobbesiana un vínculo irrevocable, total y absoluto. Dentro de esta visión, los individuos no forman una unidad política sino cuando se dan un representante, habilitándolo para ejercer la voluntad por ellos, representante al cual se someten.

El pueblo no es un sujeto político, una entidad dotada de voluntad, salvo en y por la persona del representante, no tiene unidad alguna, constituye una “multitud disoluta”. En este punto seguimos a Hanna Pitkin, quien señala que no deja de asombrarle el hecho de que son muy pocos los análisis que incluyen a Hobbes entre los teóricos de la representación (HOBBS, T., “El Leviatán”, Fondo de Cultura Económica, México, 1996).

¹⁵ VANOSSI, J., “El régimen constitucional de los partidos políticos”, Unam, México, 1975, p. 90.

La representación establece no sólo formas de participación en el poder, sino que se manifiesta como un fenómeno de sustitución y de legitimación política.

Dentro del Estado de Derecho, y en las formas de gobierno democrático, es el sufragio el que canaliza y organiza las preferencias de la ciudadanía a través de la acción de los partidos políticos, piezas fundamentales de la representación.

2. El liberalismo político en las raíces de las democracias representativas

La representación política, de acuerdo a lo analizado en el punto anterior, se vincula a nivel estatal, fundamentalmente, con la función legislativa. Ello aparece en la historia misma del Estado Liberal, en la lucha que se sostiene contra el absolutismo, intentando convertir al Parlamento en el arma clave para limitar el poder.

Es necesario tener en cuenta que el actual concepto de representación política, que hunde sus orígenes en el siglo XIX, receptado incluso por nuestro sistema constitucional en 1853, se ha visto rodeado de transformaciones.

La herencia revolucionaria europea de fines de siglo XVIII deja como herencia a las futuras generaciones un tipo de representación política, burguesa, liberal, moderna, adjetivando la forma estatal que sobrevendría en el siglo venidero.

La representación política no se comprende plenamente si no se atiende a la evolución que dicha institución ha tenido en las democracias occidentales, en especial a partir del ascenso de la burguesía al poder y de la importancia política que la misma cobra.

Dicho proceso presenta distintas características de acuerdo al país de que se trate; será producto de la evolución histórica al interior de los mismos.

Recordemos un célebre debate que llegó a nuestros días. En Inglaterra encontramos el aporte de Edmund Burke, quien hacia 1784 afirmaba ante los electores de Bristol: “Ciertamente caballeros, la felicidad y la gloria de un representante deben consistir en vivir en la unión más estrecha, la correspondencia más íntima y una comunicación sin reserva con sus electores. Sus deseos deben tener para él gran

peso, su opinión máximo respeto, sus asuntos una atención incesante. Es su deber sacrificar su reposo, sus placeres y sus satisfacciones a los de aquéllos; y sobre todo, siempre y en todas las ocasiones el interés de ellos al suyo propio. Pero su opinión imparcial, su juicio maduro y su conciencia ilustrada no debe sacrificarlos a vosotros, a ningún hombre ni grupo de hombres [...] Vuestro representante os debe no sólo su industria, sino su juicio, y os traiciona en vez de servirlos, si lo sacrifica a nuestra opinión.

”Mi digno colega dice que su voluntad debe ser servidora de la vuestra. Si eso fuera todo, la cosa es inocente. Si el gobierno fuese, en cualquier parte, cuestión de voluntad la vuestra debería, sin ningún género de duda, ser superior. Pero el gobierno y la legislación son problemas de razón y de juicio...”¹⁶

La representación política para Edmund Burke era la de la Nación toda, con un solo interés. Ahora bien, el Parlamento, continuando con su línea de pensamiento, se constituía como “una asamblea deliberante de una Nación con un interés: el de la totalidad”; desde su planteamiento no era función de los representantes interpretar intereses particulares.

Mientras tanto, en Francia, la doctrina de la representación política encuentra otro teórico relevante: el conde y eclesiástico Emmanuel-Joseph Sieyès, dentro de la misma línea de pensamiento liberal del británico Burke.

Uno de los aspectos más relevantes de su teoría descansa en la idea de que es la Nación la titular de la soberanía, constituyéndose en el mito fundante a partir de la Revolución. Inspirando los debates de la Asamblea Nacional francesa, su pensamiento queda plasmado en la Constitución de 1791.

En la obra “¿Qué es el tercer Estado?” resalta que “el fin de la Asamblea representativa de una Nación no puede ser diferente al que se propondría la Nación misma, es inconcebible una asociación legítima que no tenga por objeto la seguridad común, la libertad común, en fin la cosa pública”¹⁷.

¹⁶ BURKE, E., “Discurso a los electores de Bristol”, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 312.

¹⁷ SIEYÈS, E.-J., “¿Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios”, Alianza, Madrid, 1989, p. 45.

En esta obra encontramos unos de los pilares que sustenta la actual representación política. La misma constituye en términos de Georges Lefebvre una pieza literaria incendiaria, la cual atrás de las cortantes y hostiles premisas revolucionarias contra la aristocracia realmente se esconde la moderación de su pensamiento y la búsqueda del acceso al poder de la burguesía¹⁸.

La Constitución francesa de 1791 incorpora la Declaración como Preámbulo, y en ella será reconocida definitivamente la soberanía nacional, y el principio de la representación política, la cual será justificada como respuesta en términos de poder a un cambio de la estructura social, una evolución de las ideas y una transformación de la organización interior del poder en el Estado¹⁹.

Uno de los principios más relevantes de dichas conquistas lo constituye la transformación de la idea de soberanía popular de base roussoniana en soberanía nacional.

En consecuencia, la soberanía del pueblo siempre se encuentra limitada en una democracia liberal, ya que la tensión entre democracia y liberalismo sólo puede reconciliarse imperfectamente; podrá negociarse, pero dicha negociación se da entre fuerzas políticas y siempre establece la hegemonía de una de ellas.

Esta apreciación no le quita mérito alguno a la Revolución, si pensamos que la misma dio inicio al Estado Liberal, en el sentido estricto de la expresión. El poder del Antiguo Régimen, en términos del poder absoluto del monarca, era limitado, por imperio de la ley, frente a los demás sectores de la sociedad²⁰.

¹⁸ LEFEBVRE, G., "1789: Revolución francesa", Laia, Barcelona, 1982, p. 164.

¹⁹ La representación política que propone Sieyès se enrola en el discurso propio de la modernidad; por lo tanto, la democracia representativa era censitaria, reducida a aquellos burgueses propietarios postergados por el Antiguo Régimen, dividiendo a la sociedad francesa en ciudadanos activos o pasivos, en función de su capacidad de votar o no.

A pesar de crear una sociedad que vista desde hoy nos puede resultar de desiguales, es sabido que la posibilidad de voto que se le da a la burguesía francesa luego de la Revolución generó una nueva cosmovisión del Estado, con un importante aumento de los cuerpos electorales. Ya no se votaría por estamento sino que nacía el voto por cabeza.

²⁰ DÍAZ, E., "Estado de Derecho y sociedad democrática", Taurus, Barcelona, 1988, ps. 27 y s.

Podemos encontrar insuficiencias, que de hecho son las que se están marcando, pero no podemos dejar de señalar el reconocimiento de la misma como conquista histórica irreversible.

Así entonces podemos concluir que la representación, dentro de la corriente liberal que venimos desarrollando, se presenta como la institución que permite establecer un gobierno que emana del pueblo en aquellos Estados con poblaciones numerosas, y, como sostiene Bernard Manin, “con Emmanuel Sieyès, la democracia moderna, caracterizada por la división del trabajo, el avance del comercio y la diversificación de intereses, será representativa”²¹.

La defensa cerrada de Sieyès del mandato imperativo o fiduciario se constituye en uno de los aportes fundamentales del autor. Muy sucintamente, esta característica es la que se corresponde con el modelo actual de representación, tal como lo hemos desarrollado en el apartado anterior. Desde entonces será poco lo que cambiará acerca del mismo, a pesar de los siglos transcurridos desde su construcción.

El poder fiduciario lleva al representante a actuar con cierta libertad en nombre y por cuenta de los representados, en cuanto goza de su confianza y puede interpretar a discreción los intereses de ellos. Es decir, entre ellos no existe obligación de mandato, no existe desde la concepción francesa un mandato imperativo.

Es así como se entenderá desde el liberalismo político en adelante la relación representante-representado en las democracias constitucionales modernas.

3. La representación política en una mirada de largo plazo

La segunda modernidad se caracteriza por el riesgo, y el mismo determina las contradicciones políticas que se desatan en ella.

ULRICH BECK²².

²¹ MANIN, B., “¿Qué queda de la representación política?”, Nueva Sociedad, Clacso, Argentina, 2000, p. 58.

²² BECK, U., “La invención de lo político”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998.

Los textos que abordan la problemática de la actualidad utilizan distintas maneras

Las transformaciones que se vienen dando en la sociedad y en la política en particular afectan a distintas instituciones de la democracia, entre ellas, a la representación política.

La segunda modernidad ha dejado vacías de significado cuestiones que considerábamos resueltas, en otros casos nos lleva a replantear distintas maneras de hacer frente a las crisis que se nos presentan a los individuos. Una de ellas es la política; la misma se encuentra plagada de paradojas; por un lado, seguimos esperando que ella apacigüe la ansiedad por controlar los peligros y miedos que nos afligen, y por otro, observamos su incapacidad e impotencia para imponerse sobre una sociedad crecientemente autorregulada y un espacio transnacional, donde la acción política de los Estados es de dudosa eficacia²³.

En este marco de desconcierto, la relación del ciudadano con el Estado, así como la cultura de mediación política, han cambiado; por lo tanto, la sociedad desconfía de sus representantes, percibe que no la representa.

Hace unos años, en un texto ya considerado clásico, acerca de la crisis de representación política, hacia fines de los noventa, Daniel García Delgado consideraba que múltiples son las causas de la crisis de representación política, pero que pueden circunscribirse a las siguientes: los incumplimientos programáticos, la corrupción como fenómeno instalado socialmente, la situación social declinante de varios sectores de la población, la profesionalización y especialización técnica de la práctica política, la ausencia de grandes relatos, la influencia de los medios de comunicación²⁴.

Si a esta descripción le sumamos la aparición, para quedarse, de un nuevo orden mundial, separando la economía de la política, exi-

de conceptualizarla. Así, por ejemplo, Ulrich Beck se refiere a posmodernidad, segunda modernidad o modernidad tardía; Alain Touraine habla de la segunda modernidad; Colin Crouch de posmodernidad; Jean-Marie Guéhenno de posdemocracia. A fin de tener una unidad de criterio semántica, seguiremos el criterio de Ulrich Beck, aludiendo a "segunda modernidad".

²³ VALLESPÍN, F., "El futuro de la política", Taurus, Madrid, 2000, p. 12.

²⁴ GARCÍA DELGADO, D., "Crisis de representación, nueva ciudadanía y fragmentación en la democracia argentina", en *Desarrollos de la teoría política contemporánea*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 34.

miéndola de toda acción reguladora, el resultado fue la disminución en la capacidad decisoria de los Estados²⁵.

Estas circunstancias económicas tiene lugar en el marco de la denominada globalización, término que de acuerdo a Fernando Vallespín se ha convertido en un “concepto refugio”, una metáfora de nuestra época, y que como todas las metáforas no es neutra; es por ello que no se trata de un proceso unívoco, ni uniforme²⁶.

La globalización ha provocado una reconfiguración de identidades nacionales, desbordando la organización del Estado, generando incluso en algunos países una desintegración social creciente, afectando el concepto mismo de ciudadano.

Para Vallespín, el desinterés por la política cotidiana es explicado por un cambio profundo, concretado en una “crisis del Estado” en su capacidad de dirección y de integración normativa y simbólica; ello se percibe en la creencia generalizada de que al mundo no lo mueven las decisiones de los ciudadanos, sino unas lógicas o imperativos más profundos.

Hay que sumar también otros factores, como la nueva diversificación del público con sus procesos de individualización y el predominio de estilos de vida ajenos a lo político. Una de las consecuencias es la aparición de una “fatiga civil” traducida en lo que podríamos caracterizar apatía política, con un consiguiente retraimiento hacia lo privado²⁷.

Esta descripción, analizada desde una mirada de largo plazo, da cuentas de que el modelo de Estado, y por ende de representación política que se correspondía con la modernidad industrial clásica, donde

²⁵ TENZER, N., “La sociedad despolitizada”, Paidós, Buenos Aires, 1991, p. 125.

²⁶ La globalización, de acuerdo al autor español, “es un proceso caracterizado por la ambivalencia, pluralismo y lógicas contradictorias. La complejidad que provoca dicho fenómeno se debe a: a) la presencia en la sociedad de diferentes criterios de racionalización; b) el problema del pluralismo social organizado corporativamente, cuya representación y poder es desproporcionado en comparación con el ciudadano común; c) la descentralización y fraccionamiento creciente de los órganos estatales y de autoridades y la aparición de cuerpos políticos en distintos niveles, y d) la interdependencia y encadenamiento existentes entre ‘partes’ –individuos, grupos–, ‘el todo’ –la sociedad, el Estado–” (VALLESPÍN, op. cit., p. 134).

²⁷ Íd., p. 10.

las categorías de Estado nacional, clases, verdad científica, creencia en la técnica y la relación amigo-enemigo de lo político tenían un parentesco interno, que ya no poseen²⁸.

Las instituciones dentro de esta crisis que provoca la segunda modernidad han perdido el depósito de sentido histórico que solían tener, generando una crisis de sentido²⁹.

En el marco de la individualización y el desencanto de las sociedades actuales, la representación política como institución de las modernas democracias también ha entrado en una crisis de sentido, cuando decimos con los autores citados que existe un desencanto por la política; ello repercute en la credibilidad de los representantes, ya que los individuos perciben que sus demandas no serán satisfechas por un Estado que está en retracción.

Ante la irrefrenable fragmentación de lo social se desdibujan los grupos sociales, pierden sentido las identidades colectivas, verbigracia, los partidos políticos, entre otras.

El desencanto con la política se traduce en una falta de discusiones públicas acerca de las plataformas de los principales candidatos, la seducción de los representados por representantes que ya no responden al “tipo carismático” weberiano, sino más bien por candidatos que devienen del ámbito de los negocios, del deporte o del mundo del espectáculo.

En estas condiciones, la representación política resulta cada vez menos creíble, con muy poco o nada de sustento político y social, socavando incluso la legitimidad de los políticos, e incluso con dosis de ingobernabilidad.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli refuerza esta descripción, si tenemos en consideración que la crisis de las democracias occidentales, como expresa el autor, “se manifiesta ya no como forma de gobierno, sino por la forma en que ésta se manifiesta, y va más allá de la crisis de representación política”³⁰.

²⁸ BECK, op. cit., p. 225.

²⁹ BERGER, P. y LUCKMANN, T., “Modernidad, pluralismo y crisis de sentido”, Paidós, Barcelona, 1995, p. 30.

³⁰ FERRAJOLI, L., “La crisis de la democracias en la era de la globalización”,

Seguiremos para explicar esta hipótesis el planteo del autor mencionado, dejando de lado el caso particular italiano, y replicando las características que el mismo analiza a las democracias occidentales todas; tendríamos así tres aspectos o factores de la crisis de las democracias: a) la política; b) la institucional, y c) la garantista³¹.

Cuando decimos política, nos referimos a la personalización y verticalización de la representación política; es decir, existe un reforzamiento del Poder Ejecutivo con una pérdida de autoridad de los parlamentos/congresos, diríamos de la deliberación. La difusión del modelo presidencialista o de sistemas electorales que favorecen a las mayorías tiende cada vez más a favorecer, a identificarse con la personalidad de los jefes de gobierno o de Estado. La democracia política consistiría más en la selección por vía electoral de una mayoría de gobierno, y con ella el jefe de esa mayoría, representando la expresión de la voluntad general. Esto ha traído como consecuencia el debilitamiento de los partidos como espacios de formación colectiva, de construcción de programas, distintas opciones de representación y opción de distintos intereses.

Dentro del segundo factor, el institucional, aparece la fuerte concentración y progresiva confusión de poderes que se impone en las democracias, la pérdida o erosión de la separación de poderes, consustancial al constitucionalismo de los Estados modernos, la nítida y necesaria separación entre la esfera pública y la privada, entiéndase poderes políticos y económicos. Este proceso es propio de la primacía del mercado sobre la esfera pública, y la consiguiente subordinación de los poderes políticos a los económicos, que terminarán chocando contra los intereses públicos, generando clientelismo, así como también los fenómenos de corrupción.

Y por último, la crisis de la legalidad, la fórmula esencial del Estado de Derecho: límites al poder absoluto, legalidad de la administración, respeto por los derechos individuales, imperio de la ley, se ven todas arrasadas cuando impera el “gobierno de los hombres” por encima del

en *Law and Justice in a global Society*. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, España, mayo de 2005, ps. 37-38.

³¹ *Íd.*, p. 36.

“gobierno de las leyes”. Cuando se debilitan las garantías constitucionales, cuando se llevan por delante los derechos fundamentales, sobre todo los derechos sociales cuando se erosiona la esfera pública, como garante y asignadora de recursos que debe ser controlada, que debe someterse a reglas, cuando se privatiza la esfera pública, y podemos seguir enumerando la enorme cantidad de hechos que genera la crisis de legalidad³².

En este marco queda “dinamitada” la estructura del Estado Constitucional, repercutiendo en la calidad de las democracias, dado que los derechos se han ido mercantilizando, perdiéndose la lógica de la importancia de la esfera pública a merced de la lógica de la obtención de beneficios.

Toda esta descripción a la que le podríamos poner el nombre propio de cualquiera de los países del mundo desarrollado o postergado, como nos agrada denominar, muestra la deformación de las democracias, porque se han ido profundizando cada vez más intensamente las desigualdades.

Cuando el ciudadano se recluye sobre su vida privada, se configura una democracia donde la lealtad de los representantes deja de ser “hacia abajo”, es decir, para con sus electores, y pasa a ser “hacia arriba”, teniendo una fuerte influencia en las decisiones centrales los lobbies empresariales, quienes deciden por fuera de los confines del macropoder³³.

Esta descripción se corresponde con la conceptualización que realizara Guillermo O'Donnell de las “democracias delegativas”; recordemos que en ellas los candidatos victoriosos se ven a sí mismos como figuras por encima de los partidos políticos y de los intereses organizados, siendo las figuras ejecutivas las principales definidoras de los intereses nacionales. Los demás órganos del Estado se convierten

³² Íd., p. 39.

³³ GARCÍA DELGADO, D., “Estado-Nación y globalización”, Ariel, Buenos Aires, 2000, p. 114. Coincide Fernando Vallespín desde una visión europea del tema. Marca que las distorsiones en el funcionamiento de los canales de mediación entre sociedad y sistema político afectan la representación, marcados por la oligarquización y estatalización de los partidos políticos, así como por la creciente corporativización de los intereses, en VALLESPÍN, op. cit., p. 174.

en “estorbos” que, a decir del autor, “acompañan las ventajas domésticas e internacionales resultantes de ser elegido democráticamente”³⁴.

Todos estos rasgos que caracterizan a las sociedades actuales, mirándolas desde el plano nacional e internacional, conducen a un ciudadano que participa muy poco, o que le interesan cada vez menos las cuestiones políticas.

Hay que añadir a lo dicho que el fenómeno de la corrupción ha incidido fuertemente para generar la percepción de la ciudadanía acerca del rol de los representantes en general.

Para el sociólogo francés Jean-Marie Guéhenno, “la corrupción no es una anomalía en las democracias de la segunda modernidad; los escándalos de dinero constituyen una lógica consecuencia del triunfo del mercado. Siguiendo con esta misma lógica argumentativa, en los Estados más avanzados, la remuneración social en prestigio social ha desaparecido hace mucho tiempo. Los funcionarios conscientes del mediocre desempeño de la administración han perdido el respeto de sí mismos al mismo tiempo que perdían a sus administradores. Ceder a la corrupción puede entonces no ser, para los más cínicos, sino una manera agradable de convencerse de que todavía tienen algún valor”³⁵.

Estas consideraciones conducen a un lugar común en estas sociedades; más allá del grado de desarrollo que posean, las mismas comparten los mismos problemas en el plano institucional, la política devenida en la arena de muchos empresarios exitosos, considerada como una empresa con expectativas de ganancia personal, justamente porque es el dinero la única religión que tiene vocación universal³⁶.

Entonces dentro de este panorama podríamos preguntarnos: ¿Cuál sería el papel que han pasado a desempeñar los partidos políticos dentro del actual contexto?

Siguiendo con la misma lógica de pensamiento que venimos de-

³⁴ O'DONNELL, G., “Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización”, Paidós, Buenos Aires, 1997, p. 226.

³⁵ GUÉHENNO, J.-M., “El fin de la democracia”, Paidós, Buenos Aires, 1995, p. 119.

³⁶ *Íd.*, p. 120.

sarrollando, los partidos políticos entrarían dentro de la categorización de instituciones que han perdido o han cambiado la referencia simbólica del siglo que nos precedió.

Dentro del Estado de Bienestar, los partidos políticos eran capaces de construir programas donde se integraba a los individuos. Alain Touraine sostiene que los partidos se han disociado de la acción de clase y las relaciones sociales de producción; los mismos se constituyen en retratos que socialmente han muerto³⁷.

Ulrich Beck define muy claramente cómo en la segunda modernidad el Estado tradicional se extingue como estructura soberana y como coordinador jerárquico.

Al igual que otras instituciones, los partidos políticos se convierten en “instituciones *zombies*, a pesar de estar muertas se niegan a dejar de existir”, convirtiéndose en instituciones a las que les cuesta llevar adelante negociaciones, anteponiendo intereses particulares, en pos de intereses sociales³⁸.

Esta situación por la que atraviesan los partidos es producto de la individualización creciente por la que atraviesan las sociedades actuales, ya que, como hemos analizado, la desestabilización individual repercute también en su interior.

Los compromisos partidarios pierden sus tradiciones, o bien se hacen dependientes de decisiones que se encuentran por fuera de ellos.

Sin embargo, más allá de esta percepción de los teóricos de la llamada segunda modernidad es difícil sostener la representación por fuera de los partidos políticos, más allá de la necesidad de reformas o de “promesas incumplidas”. Aun así, los partidos políticos siguen siendo la vía de representación, aun en sociedades difícilmente representables en el sentido tradicional.

³⁷ TOURAINE, A., “¿Qué es la democracia?”, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 83. También reitera el mismo autor el tema en otra de sus obras: “Un nuevo paradigma”, Paidós, Buenos Aires, 2005. En la misma plantea como cuestión en las actuales sociedades fundar la vida política en base a debates y actores que no se corresponden o lo hacen muy parcialmente con la realidad existente, generando una independencia de los partidos políticos con respecto a las otras fuerzas sociales (p. 185).

³⁸ BECK, op. cit., p. 186.

Los partidos políticos son quienes organizan, a pesar de las dificultades planteadas, el combate electoral y la expresión de la opinión pública; es a través de ellos donde se exponen los principales intereses en conflicto³⁹.

Los antiguos soportes que sirvieron de base a los partidos políticos ya no resultan suficientes; nuevos conflictos, nuevos intereses, atraviesan la sociedad, que no encuentran expresión en su formato tradicional, a quienes les cuesta dar cuenta de muchas de las necesidades de un mundo plural y complejo.

Por último, es dable considerar que debemos sumar a lo dicho la importancia que los medios de comunicación tienen en la esfera pública, los cuales se constituyen en verdaderos espacios públicos. Periodistas, encuestadores, expertos en comunicación, todos conforman la opinión pública, intentando de alguna manera dar cuentas, con más vehemencia que los partidos políticos, de cuáles son los problemas de las sociedades actuales.

Aquéllos ocupan el centro de lo que denominamos la escena mediática. Desde el punto de vista político, pueden estar en el mismo momento en que se consuma el hecho político que favorece o perjudica al vínculo representativo, pueden brindar “boca de urna”, pueden hacer conocido el candidato que era desconocido; no existe hecho político si no aparece en los medios, aquello que se cree “le interesa al ciudadano”, instalando desde los medios la agenda pública.

Como se ha señalado, en esta nueva realidad que vivimos la instantaneidad de los hechos merced a la tecnificación de los medios de comunicación permite hacer público lo que antes permanecía oculto en despachos oficiales.

Hoy más que nunca la información que cuenta es la que se puede filmar mejor. Respecto al tema, sigue vigente Giovanni Sartori cuando sugiere en “*Homo videns. La sociedad teledirigida*” que si no hay filmación no existe la noticia; la fuerza de la televisión es la fuerza de hablar a través de las imágenes⁴⁰.

³⁹ MANIN, op. cit., p. 27.

⁴⁰ SARTORI, G., “*Homo videns. La sociedad teledirigida*”, Taurus, Madrid, 1998, p. 80.

“La obligación de mostrar genera deseo o la exigencia de mostrarse, creando el pseudoacontecimiento, el hecho que sucede sólo porque hay una cámara que lo está rodando y que de otro modo no tendría lugar”⁴¹.

La descripción del individuo retirado de la vida pública lo pone ante una situación de espectador de los acontecimientos públicos, los cuales se suceden con un ritmo vertiginoso frente a sus ojos, pero desde la pantalla, desde las redes sociales, se denuncia, se glorifica, se sepulta a los representantes políticos, y desde allí los espectadores así como en el ciberespacio los cibernautas eligen o toman posición respecto a los sucesos, opinan acerca de lo que les muestran los medios, los cuales legitiman unos discursos y desechan otros⁴².

El sociólogo chileno Manuel Antonio Garretón reconoce los cambios ideológicos, programáticos y organizacionales que ha sufrido la representación política, dando lugar a la aparición de nuevos actores, entre ellos, la opinión pública, que en muchos lugares llega a jugar un papel de actor social.

Giovanni Sartori sostenía que “el *homo videns* tiene menos sentido crítico que el animal simbólico adiestrado en la utilización de los símbolos abstractos. Al perder su capacidad de abstracción este hombre posmoderno pierde la capacidad de distinguir lo verdadero de lo falso”⁴³. Hoy sigue vigente dicho planteo.

La temática de la representación política no resulta ajena a la influencia de la comunicación; ella reduce el peso y la esencialidad de la política. La política y la expresión de la misma a través de la institución de la representación no sólo se ve constreñida por las nuevas estructuras de poder, sino que también la arena mediática en la que se mueven los representantes políticos, colocándolos a merced de un referente muy temido: la opinión pública.

⁴¹ Íd., p. 82.

⁴² GARRETÓN, M. A., “Política, partidos y sociedades en la edad contemporánea”, en CHERESKY, I. (comp.), *Política e instituciones en las nuevas democracias latinoamericanas*, Prometeo, Buenos Aires, 2007, p. 122.

⁴³ SARTORI, “*Homo...*” cit., p. 110.

4. Valoración propia

Si bien la futurología no existe desde un plano científico, podemos advertir que dadas las condiciones que hemos señalado ya no regresaremos a una etapa de partidos de masas, de identificación ideológica, de masivas afiliaciones, podemos considerarlo como un sueño moderno, dentro de una etapa obturada por la denominada segunda modernidad.

Frente a esta sucinta descripción, las democracias representativas corren un serio riesgo; el reto reside en no permitir que las mismas queden paralizadas, inertes, frente a los poderes fácticos que desconocemos en algunos casos y conocemos en otros y aceptar la descomposición de instituciones que de hecho son susceptibles de ser reformadas y aggiornadas a los tiempos que corren. El error sería considerar estas transformaciones irrelevantes.

Si el dilema de las democracias representativas sigue siendo quién gobierna y no cómo gobierna, se profundiza el problema de la representación política.

El dilema es un argumento conformado por dos proposiciones contrarias y disyuntivas. El mismo pone al individuo en duda debatiéndose entre dos alternativas, y aquí estamos frente a la encrucijada de que si bien la representación política tiene falencias, no se ha encontrado en esta segunda modernidad el sustitutivo válido para el ejercicio del poder.

Bibliografía consultada

- BECK, Ulrich, "La invención de lo político", Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas, "Modernidad, pluralismo y crisis de sentido", Barcelona, Paidós, 1995.
- BOURDIEU, Pierre, "La delegación y el fetichismo de lo político", en *Cosas dichas*, Buenos Aires, Gedisa, 1994.
- BURKE, Edmund, "Escritos políticos", México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho y sociedad democrática", Barcelona, Taurus, 1988.

- GARCÍA DELGADO, Daniel, "Crisis de representación, nueva ciudadanía y fragmentación en la democracia argentina", en *Desarrollos de la teoría política contemporánea*, Buenos Aires, Paidós, 1996.
- "Estado-Nación y globalización", Buenos Aires, Ariel, 2000.
- GUÉHENNO, Jean-Marie, "El fin de la democracia", Buenos Aires, Paidós, 1995.
- HOBBS, Thomas, "El Leviatán", México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- LEFEBVRE, Georges, "1789: Revolución francesa", Barcelona, Laia, 1982.
- LÓPEZ, Mario Justo, "Introducción a los estudios políticos. Teoría política", Buenos Aires, Kapelusz, 1969, vol. I.
- MANIN, Bernard, "¿Qué queda de la representación política?", Argentina, Nueva Sociedad, Clacso, 2000.
- O'DONNELL, Guillermo, "Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización", Buenos Aires, Paidós, 1997.
- PAINE, Thomas, "Los derechos del hombre. Parte II", en *Escritos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- PITKIN, Hanna, "El concepto de representación", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, "Principios de teoría política", Madrid, Alianza, 1978.
- SARTORI, Giovanni, "Elementos de teoría política", Madrid, Alianza, 1992.
- "*Homo videns*. La sociedad teledirigida", Madrid, Taurus, 1998.
- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, "¿Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios", Madrid, Alianza, 1989.
- STRASSER, Carlos, "Democracia & desigualdad. Sobre la democracia real a fines del siglo XX", Buenos Aires, Clacso-Asdi, 1991.
- "Para una teoría de la democracia posible. Idealizaciones y teoría política", Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1999.
- TENZER, Nicolás, "La sociedad despolitizada", Buenos Aires, Paidós, 1991.
- VALLESPÍN, Fernando, "El futuro de la política", Madrid, Taurus, 2000.
- VANOSSI, Jorge, "El régimen constitucional de los partidos políticos", México, Unam, 1975.

PERRO QUE LADRA... MUERDE

EL CASO “PITBULL” A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DELITO

por GEORGINA RIGATUSO¹

SUMARIO: Introducción. 1. Síntesis del caso. 2. Aproximaciones al análisis escalonado de la teoría del delito. 3. Primer escalón en crisis: la conducta. 4. Segundo escalón: la tipicidad. 4.1. Impropios delitos de omisión no escritos: ¿dudosa constitucionalidad? 4.2. La delgada línea invisible entre el dolo eventual y la culpa con representación. 4.3. Particularidades del voto en disidencia: el tipo culposo. 4.4. Los fundamentos del Tribunal de Casación Penal en cuanto al dolo eventual. 5. Tercer escalón: la antijuridicidad. 6. Cuarto escalón: la culpabilidad. 7. Conclusión. Bibliografía. Páginas webs consultadas.

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad analizar los fallos de primera (Tribunal en lo Criminal N° 4 de la Ciudad de la Plata, Provincia de Buenos) y de segunda instancia (sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires) en relación con la causa seguida a “Horacio Fernando González s/Homicidio simple cometido con dolo eventual” (caso “Pitbull”) a la luz de la teoría del delito esgrimida por el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni. El caso de jurisprudencia analizado no sólo resulta de interés por su actualidad, sino también por lo controvertido de su resolución, debido a que aborda temas muy discutidos hasta el día de hoy por la doctrina, como son la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos y la aplicación de la figura de dolo eventual. En este sentido, la jurisprudencia ana-

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Especialista en Magistratura (UCA). Adscripta de la Cátedra Derecho Penal I de la Facultad de Derecho de la UNR. E-mail: georgina_rigatuso@hotmail.com.

lizada contradice lo sostenido por el doctor Raúl Eugenio Zaffaroni (quien sostiene que los tipos omisivos impropios no escritos son inconstitucionales), ya que los magistrados intervinientes (en ambas instancias) condenaron a Horacio Fernando González a 8 años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple cometido con dolo eventual, poniendo de relieve la especial posición en la que se encontraba respecto del perro Pitbull, la llamada “posición de garante”, propia de la omisión impropia.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the first rulings (Criminal Court N° 4 of the City of La Plata, Province of Buenos Aires) and second instance (chamber I of the Criminal Court of Cassation of the Province of Buenos Aires) in relation to the case followed to “Horacio Fernando González s/Homicidio simple cometido con dolo eventual” (“Pitbull” case) in the light of the theory of crime held by doctor Eugenio Raúl Zaffaroni. The case of jurisprudence analyzed is not only of interest for its actuality, but also for the controversy of its resolution, because it deals with topics that are very much discussed until today by the doctrine, such as the constitutionality of improper types not written and the application of the eventual deceit figure. In this sense, the jurisprudence analyzed contradicts the one held by doctor Raúl Eugenio Zaffaroni (who maintains that the non-written improper types are unconstitutional), since the judges intervening (in both instances) condemned Horacio Fernando González to 8 years of imprisonment for considering him to be the perpetrator responsible for the crime of simple homicide committed gross misconduct, highlighting the special position in which he was in relation to his Pitbull dog, the so-called “guarantor position”, characteristic of improper omission.

Palabras clave

Teoría del delito. Tipo omisivo. Dolo eventual.

Keywords

Crime theory. Omissive type. Gross misconduct.

Introducción

El tema que hemos elegido para desarrollar en este trabajo parte del análisis de un caso jurisprudencial, en donde además de la actualidad que el mismo presenta, de lo novedoso y controvertido de su resolución, nos parece que resulta gráfico analizarlo a la luz de la teoría del delito esgrimida por el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni² y abordada por la cátedra de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

En este sentido, consideramos que el análisis de un caso concreto no sólo es interesante, sino que deja entrever que las dificultades de la teoría del delito, justamente, surgen ante la complejidad de la realidad. Es decir, recién cuando un operador del Derecho –sea abogado litigante, defensor, fiscal o un magistrado– se encuentra en presencia de un caso complejo (como el que aquí se desmenuzará), es allí donde se observan las problemáticas propias de cada instituto, justamente a la hora de resolver el mismo e inclinarse por una u otra teoría.

Siguiendo este orden de ideas, el presente trabajo tiene un doble objetivo: por un lado, profundizar en el estudio de la teoría del delito propuesta por Zaffaroni, aplicándola al caso en concreto, analizando sus características propias y reflejándolas en el mismo. Por otro lado y específicamente, poner de relieve las diferencias y semejanzas entre el dolo eventual y la culpa con representación, analizando por qué fue aplicado el primero de los institutos.

Por lo expuesto, es dable adelantar que el trabajo se va a estructurar de la siguiente manera: en un primer apartado se expondrán, de manera sintética, los hechos del caso. Luego, nos adentraremos en el análisis del mismo, desde de la teoría del delito, estratificadamente. De esta forma, comenzaremos por la conducta. Seguidamente, nos abocaremos a analizar la tipicidad, en las formas propuestas en el fallo. Acto seguido, analizaremos la antijuridicidad y, finalmente, la culpabilidad. Por último, esbozaremos unas breves conclusiones de lo investigado.

² ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., “Manual de Derecho Penal. Parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2014.

1. Síntesis del caso

El día 29 de mayo del año 2014, aproximadamente a las 14:30 horas, Horacio Fernando González, poseedor de al menos ocho perros Pitbull, dejó atado a un can de dicha raza (que no era de su propiedad pero cuyo cuidado le había sido confiado) con una sogá de aproximadamente 1,50 metros al volante de un rodado Fiat 147, que en estado de abandono se encontraba sobre la vereda del domicilio de calle Bonpland N° 913 de la localidad de Alejandro Korn, sin bozal y con la puerta del vehículo abierta, lo que le permitía al animal desplazarse por la vereda que separaba la ubicación del automóvil del frente del domicilio antes referido. Que en este marco –e inadvertidamente para los adultos que con él se encontraban–, se acercó hasta el sitio en el que el perro se hallaba el niño Santiago Alejandro Veer, de tan sólo dos años de edad –vecino del tenedor de los perros–, quien en esas circunstancias resultó atacado por el perro, el que le produjo heridas desgarrantes que le provocaron su muerte.

En las audiencias de debate oral, la actora penal, la doctora Claudia Cendoya, encuadró el hecho en un homicidio doloso, cometido con dolo eventual, conforme a lo normado por el artículo 79 del Código Penal, tal como llegara elevada la causa a la etapa plenaria.

Por su parte, el doctor Fabián Musto, defensor técnico del imputado, sostuvo que la conducta juzgada sólo podía ser atribuida a su asistido a título imprudente, encuadrando la conducta en el artículo 84 del Código Penal. Para sostener esta postura, el defensor, entre otras argumentaciones, dio lectura del auto interlocutorio de la sala III de la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías departamental que dispusiera el cambio de calificación legal en dichos actuados y la consecuente libertad del imputado a fs. 19/20 del incidente de apelación de la prisión preventiva.

El 25 de abril del año 2016 el Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial de La Plata –integrado por los doctores Juan Carlos Bruni, Julio Germán Alegre y Emir Alfredo Caputo Tártara, con voto en disidencia del doctor Bruni– condenó a Horacio Fernando González a la pena de ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del

delito de homicidio simple con dolo eventual (arts. 12, 29, inc. 3º; 40, 41, 45 y 79, todos del CP)³.

Ante este veredicto, el defensor particular interpuso recurso de casación, agraviándose, por un lado, de la carencia de logicidad en la fundamentación de la sentencia; por otro, de la arbitrariedad en la valoración de la prueba, respecto de la subsunción legal que hizo la mayoría del Tribunal del hecho acreditado (homicidio doloso en los términos del artículo 79 del Código Penal). Dicho profesional considera que el caso se subsume en la figura del artículo 84 del Código Penal –remitiéndose al voto minoritario que figura en la sentencia que ataca– y, por último, hace reservas del caso federal.

Por su parte, el doctor Fernando Luis Galán, fiscal adjunto de casación, postula el rechazo del recurso interpuesto en favor del imputado.

Finalmente, el 18 de abril de 2017, como adelantamos, la sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires –integrada por los señores jueces doctores Daniel Carral y Ricardo R. Maidana– resolvió (en lo que aquí interesa) confirmar la condena impuesta oportunamente por el Tribunal Oral N° 4 de La Plata y, por lo tanto, condenar al imputado a cumplir la pena impuesta por el Tribunal de primera instancia⁴.

Realizado este breve relato de los hechos, estamos en condiciones de comenzar por el análisis del mismo.

2. Aproximaciones al análisis escalonado de la teoría del delito

En primer lugar y tal como adelantamos en la Introducción de la presente exposición, el fallo referido lo analizaremos a la luz de la teoría del delito esbozada por el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni y abordada por la cátedra de Derecho Penal I de nuestra Facultad.

Sabemos que la teoría del delito es una teoría analítica, ya que apunta a descomponer el concepto de delito en distintas categorías, de manera que, analizadas de manera sucesiva, se pueda llegar a saber

³ Fallo del TCrim. N° 4 de La Plata, dentro de los autos caratulados “González, Horacio Fernando s/Homicidio simple con dolo eventual”, de fecha 25-4-2016.

⁴ Acuerdo de la sala I del Trib.Cas.Pen., dentro de los autos caratulados “González, Horacio Fernando s/Recurso de casación”, de fecha 18-4-2017.

si hubo o no delito. Por ende, utiliza el método analítico, ya que lo que se desmenuza es el concepto de delito. Esta teoría tiene como función suministrar argumentos que permitan al juez resolver un caso y motivarlo en derecho⁵. Así lo explica Enrique Bacigalupo, al sostener que “la solución de un caso penal consiste en trasladar a un suceso concreto la decisión general contenida en el texto legal. Para ello es preciso valerse del sistema de análisis de la teoría del delito. Esto permite obtener una solución legítima. A esta solución se llega luego de un proceso mental que comienza con una intuición global de las soluciones posibles. Tales intuiciones son depuradas mediante el análisis de los elementos del hecho que permiten los conceptos de la dogmática”⁶.

Previo a adentrarnos de lleno en el análisis del caso elegido, cabe recordar que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Es decir que cuando hablamos de injusto o lícito, estamos hablando de una acción típica y antijurídica. Básicamente, la teoría del delito se estructura sobre dos grandes momentos o dos juicios de desaprobación. El primero es el juicio de desaprobación del acto. El juicio que arroja que un hecho está prohibido y desvalorado por todo el ordenamiento jurídico; éste es el juicio que da lugar al ilícito, o sea, la acción típica y antijurídica. El segundo momento es la culpabilidad. Es decir que para que se configure un delito además de un hecho ilícito o injusto es necesario un sujeto culpable. La culpabilidad nos permite afirmar aquello que será el presupuesto de la aplicación de una pena, esto es, un delito. Y la culpabilidad es también un juicio de desvalor o de desaprobación del acto del sujeto. Es el puente entre el injusto y su autor y es el juicio que recae sobre el autor por el hecho cometido.

Como consecuencia de ello, podemos afirmar que, sin lugar a dudas, la teoría del delito es una teoría compleja, ya que el análisis de la misma es estratificado, es decir, evolutivo, progresivo. Por ello, es imprescindible comenzar el análisis del caso por el primer escalón,

⁵ ERBETTA, D. A., “Colección temas y problemas de Derecho Penal y Criminología 1: proceso formativo de la teoría del delito”, 2ª ed. ampl., UNR Editora, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2006, p. 20.

⁶ BACIGALUPO, E., “Técnica de resolución de casos penales”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 165.

que lo constituye la conducta. Sabemos que la misma es el género o sustantivo del delito porque la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son adjetivaciones de la conducta, o sea que cada una de ellas puede predicarse respecto de la conducta. Por ende, es la conducta quien vincula todos los caracteres del delito antes enunciados.

3. Primer escalón en crisis: la conducta

En una primera aproximación con este carácter genérico, es dable poner de relieve que al referirnos a la conducta vamos a utilizar indistintamente los términos “acción”, “acto” o “conducta”.

Siguiendo esta línea de pensamiento, cabe recordar que todo delito es una conducta humana. Pero no cualquier acción humana será relevante para el Derecho Penal, sino sólo aquella que trascienda al mundo exterior, generando un conflicto, es decir que esa acción debe proyectarse en el mundo afectando por lesión o por peligro y en forma importante un bien jurídico ajeno. El *nullum crimen sine conducta* es un requisito reductor mínimo. No tendría ningún sentido preguntarse, por ejemplo, si puede ser antijurídico lo que no es una acción humana. Además, esa acción tiene que ser voluntaria y perseguir una finalidad.

Habiendo realizado estas consideraciones, nos encontramos con el primer interrogante del fallo, ya que el hecho que se le atribuyó a González no se produjo como consecuencia directa de una acción humana, sino que se le imputó una acción efectuada por un perro que estaba a su cuidado, siendo en este caso el can Pitbull que mordió y dio muerte a la víctima de autos.

En principio, parecería desacertado pensar que una conducta que no proviene de un ser humano pueda achacársele al mismo. Es más, *grosso modo*, podríamos afirmar que no hay conducta ya que la misma no proviene de una acción humana y, por ende, deberíamos cortar de lleno el análisis de la teoría del delito. Sumado a lo expuesto, y teniendo en cuenta el componente subjetivo de la conducta, que es la voluntariedad, también resulta claro señalar que no se le puede achacar a un perro la “voluntad” homicida o de matar.

Sin embargo y dejando de lado estas consideraciones previas, cabe poner de relieve que los jueces que resolvieron el caso sostuvieron

que la muerte de Santiago Alejandro Veer debía ser atribuida en *co-misión por omisión* al actuar del imputado y a él achacársele tal como si la hubiera provocado de un comportamiento activo.

En igual sentido, para muchos juristas (tales como Jakobs⁷, Roxin⁸, etc.) la conducta no sólo abarca la acción, sino también la omisión, entendiendo esta última como la “no evitación” de un resultado cuando la persona se encuentra en posición de garante.

Por ejemplificar a algunos de los autores referidos, nos parece interesante poner de relieve el concepto de conducta típico construido por Jakobs abarcativo no sólo de la acción, sino también de la omisión, mediante la evitabilidad: el concepto de acción como evitable causación y el correspondiente concepto de omisión como evitable no impedimento de un resultado. En síntesis, Jakobs sostiene que conducta, activa u omisiva, siempre es la evitabilidad de un resultado diferente. Por su parte, Roxin propone un concepto pretípico, al que denomina concepto personal de acción, definido como lo que se produce por un ser humano como centro de acción anímico-espiritual o, más brevemente, como exteriorización de la personalidad. Acciones dolosas y culposas son exteriorizaciones de la personalidad, al igual que las omisiones. Roxin admite que su concepto no siempre es neutral, porque en las omisiones siempre se espera algo.

Precisamente y tal como lo adelantamos, esta línea de pensamiento fue la que siguieron y plasmaron con sus votos mayoritarios los jueces de primera instancia de la ciudad de La Plata y también los del Tribunal de Casación al considerar a González como autor penalmente responsable del delito que se le atribuyó. En los considerandos del fallo, el señor juez doctor Julio Germán Alegre afirmó: “...ha quedado comprobado que Horacio Fernando González fue la persona que dejó al perro raza Pitbull en la vía pública en condiciones que representaban un gran peligro para los bienes jurídicos de terceros y que, merced a ese comportamiento atribuible al imputado, se produjo la muerte del pequeño Santiago Alejandro Veer...”

⁷ JAKOBS, G., “Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

⁸ ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte general”, t. I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Civitas, Navarra, 1997.

Más allá de lo hasta aquí analizado creemos necesario aclarar que para Zaffaroni la conducta es un hacer voluntario final, que tiene dos aspectos: uno interno (que está configurado por la proposición del fin y la selección de los medios para llevarlo adelante) y un aspecto externo (que está dado por la puesta en marcha de la causalidad). Para este destacado autor, la omisión no existe como forma de acción o de conducta, sino que antes del tipo todas son acciones. Siguiendo esta línea de pensamiento, Zaffaroni considera que sin el tipo no se distinguen las omisiones del no hacer, con lo cual corresponde subir un escalón más y adentrarnos de lleno al análisis de la tipicidad.

4. Segundo escalón: la tipicidad

Despejado el interrogante acerca de si el imputado desplegó o no una conducta con relevancia penal, debemos adentrarnos en el análisis del segundo escalón en estudio: la tipicidad.

En primer lugar, y si bien para una mayor comprensión decidimos plantear el análisis de la teoría del delito, esquemática o gráficamente, como un camino al que se arriba subiendo escalones, queremos destacar que coincidimos con Zaffaroni cuando sostiene que “la interpretación técnica de los tipos y la valoración de una acción como típica o atípica no son dos etapas sucesivas, sino sólo dos facetas de una misma actividad valorativa (o juicio de tipicidad)”⁹.

Como destacamos al comienzo del trabajo, la tipicidad penal es una característica de la conducta que se averigua mediante los tipos. En este punto, es dable recordar que es la ley la que construye los tipos de diferente modo, habiendo cuatro estructuras fundamentales, según prohíba individualizando la conducta que se quiere prohibir (activa) o bien la que en esa circunstancia debe realizarse, encontrándose prohibidas las conductas diferentes (omisiva) y también según que el resultado prohibido exija que sea querido por el agente (dolosa) o simplemente causado por la violación de un deber de cuidado (culposa). La doctrina dominante tiende a considerar que el dolo y la culpa y la comisión y la omisión son diferentes modalidades o estructuras típicas.

⁹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, op. cit., p. 343.

Por ende, la teoría del tipo penal requiere el análisis de estas estructuras y para ello debe comenzarse por alguna de ellas.

Realizadas estas primeras apreciaciones, creemos acertado inmiscuirnos directamente en el quid del controvertido fallo que estamos analizando. Adelantamos que los votos mayoritarios de los jueces que intervinieron tanto en primera como en segunda instancia se inclinaron por atribuirle al imputado la muerte de Santiago Alejandro Veer en comisión por omisión.

En el fallo de primera instancia, el primer voto lo esbozó el doctor Alegre, quien en palabras textuales sostuvo: “ha quedado acreditado que ha sido el imputado Horacio Fernando González quien introdujo un riesgo jurídicamente desaprobado generador de una situación de singular peligro de lesión para los bienes jurídicos de terceros, que se concretó en el mortal resultado sufrido por el pequeño Veer. Así, puede decirse que concurren en el caso todos los presupuestos que habilitan a sostener que la muerte de Santiago A. Veer debe ser atribuida en comisión por omisión al actuar del imputado y a él achacársele tal como si la hubiera provocado a través de un comportamiento activo”. Luego, analiza el aspecto objetivo del tipo omisivo. De esta manera, comienza por hacer referencia a la “posición de garante”. Precisamente, en los fundamentos del fallo, el doctor Alegre comienza refiriéndose a ella, destacando que “para que una persona pueda ser castigada penalmente por la no evitación de un resultado del mismo modo que quien lo ha provocado activamente es necesario que el sujeto en cuestión tenga respecto de los bienes jurídicos en definitiva lesionados una especial posición: la posición de garante”. Y continúa diciendo que, “en ese orden, la tenencia de un animal de una raza peligrosa impone a su titular un deber de controlar esa fuente de peligro que opera en el propio ámbito de dominio”, afirmando que “...ha quedado en claro que González no sólo ha incumplido genéricamente con ese deber de control de una fuente de peligro, observando lo que podría ser considerado una mera tenencia irresponsable de animales en términos generales, sino que, además, con su actuar precedente al ataque del can el imputado González configuró una específica situación de peligro para bienes jurídicos ajenos (perro de una raza peligrosa, atado con una soga larga en un lugar de acceso público en el que solían jugar

los niños y sin que se le colocara el bozal) que, a la postre, se concretó en la muerte de un niño de tan sólo dos años de edad [...] quien ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión so pena de considerar que la producción de ésta sería achacable al sujeto como su causación positiva”. Luego hace referencia a la “producción de un resultado penalmente relevante”. En este punto se afirma que la situación de riesgo para bienes jurídicos ajenos creada por el imputado exorbita claramente los niveles de riesgo socialmente tolerables en materia de tenencia de perros potencialmente peligrosos. El perito Fernando Di Stéfano en su alocución en el juicio incluyó a la raza Pitbull que el imputado criaba dentro de los perros potencialmente peligrosos. Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Pero más allá del nivel de riesgo que pueda considerarse socialmente tolerable se trata en este caso de la constitución de un verdadero riesgo antinormativo. Ello es así por cuanto la ley 14.107 que regula la tenencia de perros potencialmente peligrosos establece en su artículo 8º, inciso c, que “Para la presencia y circulación en espacios públicos [los tenedores de perros potencialmente peligrosos deben] utilizar correa o cadena de menos de un metro de longitud, collar y bozal, adecuados para su raza...”

Si se repara en las condiciones en las que según el propio imputado González el perro que atacó a Santiago fuera dejado, se advertirá que no cumple con ninguna de las exigencias antes aludidas: la sogla con la que se encontraba atado el perro (según el propio imputado) tenía un metro y medio de longitud, el perro no se encontraba sujeto con un collar acorde a la raza sino simplemente con una sogla y no se encontraba con bozal colocado. La situación verificada configuró un verdadero riesgo jurídicamente desaprobado. La regulación normativa de precauciones de seguridad es prueba de la existencia de un riesgo jurídicamente relevante. Ese riesgo jurídicamente relevante creado por el imputado González y no otro es el que se concretó en el resultado mortal.

Más tarde, analiza la “posibilidad de González de evitar el resultado

producido”. Y en este punto el magistrado sostiene que el último de los extremos que deben acreditarse para equiparar la no evitación de un resultado con su causación positiva es aquel que exige que el autor hubiese tenido a su alcance la posibilidad de evitar el resultado. En este caso, se asume que un obrar del imputado que hubiera resultado adecuado a las normas y a la peligrosidad del animal en cuestión hubiera evitado con una probabilidad rayana con la certeza (tal como mayoritariamente la doctrina lo exige) el resultado lesivo. Finalmente y luego de todo este análisis, concluye, tal como adelantamos, que debe atribuirse a Horacio Fernando González la muerte de Santiago Alejandro Veer en comisión por omisión. Seguidamente, los doctores Caputo y Bruni adhieren con su voto al colega que se expidió en primer término en lo inherente a la autoría responsable de Horacio Fernando González.

4.1. *Impropios delitos de omisión no escritos: ¿dudosa constitucionalidad?*

Actualmente, parte de la doctrina mantiene el debate acerca de la constitucionalidad o no de la omisión impropia, y debido a que el análisis del tipo omisivo es objeto del fallo examinado creemos de fundamental importancia realizar algunas apreciaciones al respecto.

En primer lugar, es dable destacar que domina ampliamente en la doctrina la afirmación de que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, sosteniéndose que el juez los debe completar individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos. Por ende, los tipos impropios de omisión no escritos serían tipos abiertos, al igual que los culposos. Partiendo de estas premisas y observando que en los tipos escritos la posición de garante (el círculo de posibles autores) está definido en la ley, pues todos son *delicta propria*, se hace necesaria delimitarla en los que se consideran tipos omisivos impropios no escritos. En esta corriente legislativa, además de criterios generales para sustituir las faltantes definiciones de posición de garante, suele establecerse una equivalencia de la omisión con la acción, con lo cual, por un lado, se crea una cláusula de equivalencia, pero, por otro, también se introduce una cláusula de correspondencia, que implica un correctivo a la posición

de garante, para los casos en que, pese a ella, la conducta no alcance un contenido de injusto correspondiente al de tipicidad activa. Aunque en el Código argentino no exista ninguna de estas cláusulas, en general la doctrina ha sostenido una construcción análoga, fundada en la supuesta necesidad derivada de considerar inadmisibles o escandalosas la imaginada impunidad de los impropios delitos de omisión no escritos¹⁰.

Siguiendo esta tradición, la doctrina argentina suele reconocer como fuente de la obligación de actuar, para la construcción analógica de los tipos de los impropios delitos de omisión, la ley, el contrato y la conducta anterior o precedente del sujeto. Con todo, en la doctrina europea se sostiene que no es el mero deber de actuar, sino la particular posición en que se halla el sujeto activo respecto de un bien jurídico o frente a una fuente de peligro. Hoy se privilegian los contenidos de los deberes más que las fuentes formales de éstos, sosteniéndose que si bien todo garante tiene el deber de actuar, no todo el que tiene el deber de actuar es garante.

Según la tesis más corriente, en cuanto a la posición de garante como base limitadora de la construcción analógica, se sostiene que el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía: a) cuando imponga el cuidado de una persona; b) cuando el sujeto es legalmente responsable de un determinado ámbito o sector de la realidad; c) cuando el sujeto activo tuviese un especial poder respecto de la protección o vigilancia de bienes jurídicos de terceros, o d) cuando el deber legal emerge de la relación del sujeto con una fuente de peligro.

Sin embargo, es dable destacar que en la legislación argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma, y tal como sostiene Zaffaroni, sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*. Es decir que a pesar de que se ha venido sosteniendo en la doctrina una construcción análoga fundada en la supuesta necesidad derivada de considerar inadmisibles

¹⁰ ZAFFARONI, E. R., “Acerca de la inconstitucionalidad de los delitos omisivos impropios no escritos”, en ALFARO, L. M. R., *Derecho Penal y Modernidad*, 1ª ed., Ara Editores, Perú, 2010, ps. 143-153.

o escandalosa la impunidad que algún hecho puede llegar a generar por encuadrarse dentro de los delitos de omisión impropios no escritos, compartimos la opinión con quienes argumentan que, incluso, si se presentasen, se trataría de omisiones del legislador que los jueces no están autorizados a colmar por vía de la analogía, debido a que se estaría violando el principio de legalidad. La irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación de la Constitución Nacional por parte de los jueces y, menos aún, la instigación a ella por parte de la doctrina.

Esta postura es sostenida también por el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, el doctor Daniel Erbetta, quien en su voto en el caso “Alf”¹¹ se expresó a favor de la inconstitucionalidad del tipo omisivo no escrito por considerarlo violatorio del principio de legalidad estricta (artículo 18 de la Constitución Nacional) como consecuencia de la aplicación analógica de la ley penal *in malam partem*. Por otra parte, también puso de relieve la imposibilidad del juez de subrogarse el poder de legislar. De su voto queremos destacar las siguientes apreciaciones: “La pretensión de acudir a supuestos deberes generales de solidaridad a partir de tipos penales no escritos no sólo implica una etización que retrocede en varios siglos a la confusión entre moral y Derecho sino que sugiere, a contrario de las enseñanzas de Sebastián Soler, que el Derecho Penal no admite lagunas y lejos de un sistema discontinuo de ilicitudes debe considerarse como un sistema continuo [...] Los delitos omisivos han constituido siempre uno de los problemas más complejos de la teoría del delito, tanto en su perspectiva de fundamentación como desde su consideración sistemática, porque en cualquiera de sus dos modalidades se corren serios riesgos de lesiones a principios constitucionales”.

Sin embargo, en la doctrina se ha venido sosteniendo una construcción análoga y creemos que resulta evidente que el caso bajo análisis podría señalarse como un ejemplo de este tipo de situación, en donde más allá de todos los fundamentos, a primera vista parecería inadmisibles dejar impune la muerte de un niño de tan sólo dos años de edad.

¹¹ 2008, “Alf, Walter Alfredo. Homicidio agravado s/Recurso de inconstitucionalidad”, expte. CSJSF N° 327.

4.2. *La delgada línea invisible entre el dolo eventual y la culpa con representación*

Otra de las cuestiones fundamentales sobre las que versa el fallo es el análisis pormenorizado y la fina delimitación entre las categorías de dolo eventual y la culpa con representación. Sin lugar a dudas, estas dos circunstancias del aspecto conativo del tipo subjetivo resultan uno de los problemas más difíciles de dilucidar de toda la teoría del delito. El llamado “dolo eventual” es un figura de por sí conflictiva. Precisamente en los considerandos del presente caso, el doctor Alegre, antes de exponer los fundamentos de su postura, aclaró que su respuesta al interrogante acerca de la subsunción dolosa o imprudente (culposa) de la conducta atribuida al imputado González no sería adoptada a partir de una particular elección teórica acerca de lo que las categorías del dolo eventual y la culpa con representación han de contener, sino fundamentalmente en virtud de una consideración reflexiva, haciendo referencia a las *particularísimas circunstancias que rodearon a este caso y a su autor*.

En el caso que nos ocupa, afirma, ha quedado en claro que el imputado no sólo conoció el potencial peligroso de su conducta sino que así la dispuso y quiso de modo voluntario.

Finalmente, el magistrado realiza un *racconto* de los argumentos esgrimidos por el abogado defensor de González, destacando que el mismo reiteró en sus alegatos que existía una tendencia en ciertos jueces a querer innovar en terrenos en los que no resulta posible, a su entender, la innovación, subrayando que no obraban antecedentes en la jurisprudencia doméstica de casos en que se haya considerado dolosa a una conducta como la aquí investigada.

Sin embargo, a nuestro humilde entender, el magistrado, al referirse a ese punto, sienta una postura que vale la pena destacar, afirmando que “son siempre los casos los que desafían a la teoría o a la interpretación. No existe un caso único o modelo de muertes provocadas por perros de razas potencialmente peligrosas o por conducción de automóviles o por el uso de armas de fuego [...] podrá pensarse que muchas veces las muertes o lesiones provocadas por canes podrán responder a la estructura del delito imprudente (un perro que se escapa

en un descuido al sacar un automóvil de un garaje), pero también podrían imaginarse hipótesis en las que, por ejemplo, el adiestrador de un perro para combate le ordenase a uno de sus canes que ataque a una determinada persona. En tal caso se verificaría un dolo directo de homicidio o lesiones según fuera el caso [...] No existen soluciones estándar preconcebidas. Son siempre los casos los que tienen la última palabra”.

4.3. Particularidades del voto en disidencia: el tipo culposo

Siguiendo con el análisis del caso aquí examinado, es dable poner de relieve el voto en disidencia o minoritario del doctor Juan Carlos Bruni, ya que ahondó en el ámbito de la delimitación entre “dolo eventual” y “culpa con representación o consciente” y destacó a maestros del Derecho Penal, como Soler, Frank y Roxin, para sostener su discrepancia al encuadrar el hecho en tela de juicio en un delito culposo. Parafraseando al primero de los autores mencionados, el magistrado consideraba que eran dos las teorías sobre las cuales se decidía este punto: a) la de la representación que se remite al grado objetivo de posibilidad de evento, y b) la voluntarista (que considera dominante y por la que se inclina) que se atiene a la actitud del sujeto en el momento de la acción, frente a la posibilidad del evento, agregando más adelante: “el dolo, en todas sus formas, no es la posibilidad o probabilidad del resultado, sino la representación de estas relaciones y la actitud del sujeto ante esa representación. El ‘debió representarse’ nunca es suficiente para constituir al sujeto en dolo...” La delimitación de ese punto es el límite, el umbral del dolo, la línea separativa entre éste y la culpa. Agrega que es de importancia decisiva la fórmula de Frank que enuncia que “hay dolo eventual cuando la convicción de la necesidad del resultado previsto como posible no habría hecho desistir al autor...”

Aquí Soler trae al ruedo a Mayer, con la “teoría de la motivación”, pues dice que con ella se hace referencia a la situación objetiva real, que en el caso del dolo eventual ante la posibilidad del resultado es la indiferencia o cuando el autor se ha dicho, sea esto así o de otro modo, pase lo que pase, obró en todo caso¹².

¹² SOLER, S., “Derecho Penal argentino”, 2ª reimp., TEA, Buenos Aires, 1953, t. II, ps. 132/139.

En un sentido similar, Roxin afirma que habrá dolo eventual cuando el sujeto cuente seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido y se resigna así –sea de buena o mala gana– a la eventual realización de un delito, se conforma con ella, no le importa que se concrete o como lo sostenía Soler obra en todo caso¹³.

En cambio, dice el primero de los citados, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo.

Luego de repasar y ponderar los relatos de los testigos, el doctor Bruni considera que el imputado advirtió la posibilidad de producción del resultado, y por eso tomó ciertos resguardos, aunque de manera insuficiente, en definitiva, “negligente”. Para luego concluir que el encartado lesionó el bien jurídico protegido, con un obrar violatorio del deber de cuidado, en el que elevó el riesgo en forma no permitida, en definitiva, confió en la no concreción del tipo. Por último, encuadró el hecho en el delito de homicidio culposo, de conformidad con lo previsto en el artículo 84 del Código Penal.

4.4. Los fundamentos del Tribunal de Casación Penal en cuanto al dolo eventual

No podemos dejar de mencionar que el cuestionado dolo eventual fue el eje central de los considerandos del fallo dictado por la sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. En ese sentido se expidió el doctor Maidana en su voto al expresar: “durante mucho tiempo el dolo y en especial el dolo eventual han sido vistos como elementos puramente descriptivos; sin embargo, últimamente se han relativizado cada vez más, a través de parámetros normativos, la subdivisión entre doctrinas delimitadoras cognitivas y volitivas”. Seguidamente, cita el fallo “Kuret”¹⁴, en cuanto allí se estableció que “es la decisión por la posible lesión de bienes jurídicos la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la

¹³ ROXIN, op. cit.

¹⁴ Cfr. Trib.Cas.Pen., sala VI, c. 68.404, reg. 678/2015.

imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición”. Precisamente, dicho concepto de “decisión” debe juzgárselo –como todo concepto jurídico– no como un desnudo dato psíquico, sino siguiendo parámetros normativos. Es que no se trata de comprobar hechos psíquicos, sino de una interpretación de la conducta del autor en el sentido de aceptar el resultado, esto es, como decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico. Entonces la delimitación entre dolo eventual y la imprudencia consciente no puede prescindir de parámetros normativos de valoración; no obstante, el sustrato de esa valoración no puede delimitarse a determinada representación de peligro; más bien, el juicio sobre si el autor se ha decidido en contra del bien jurídico protegido tiene que ser emitido considerando todos los elementos objetivos y subjetivos del hecho, relevantes para la actitud de dicho autor. A partir de lo expuesto, podemos afirmar que González obró con dolo eventual respecto del resultado muerte, de modo que la calificación impuesta en el fallo luce ajustada a derecho (art. 79, CP).

En este punto, el magistrado realiza una serie de apreciaciones en similar sentido al juez de primera instancia. El magistrado sostiene que no quedan dudas en torno a que González se había decidido en contra del bien jurídico vida, concluyendo que el mismo conocía la peligrosidad del animal cuyo cuidado tenía a su cargo, sabía también que niños pequeños se acercaban al automóvil para jugar; sin embargo, pese a todo y habiendo tenido experiencias adversas en lo que concierne al comportamiento de otros ejemplares de la misma raza, dejó a un Pitbull allí amarrado, sin bozal, con una soga de metro y medio de longitud y con la puerta del automóvil abierta, a tal punto que hasta puso un tacho con agua fuera del vehículo para que el perro pudiera hidratarse, representándose la posibilidad de que el perro ataque a un niño y sabiendo de antemano el probable desenlace de este encuentro, con lo cual, el acusado de autos, creó un peligro que no cubrió ni aseguró, por cuanto durante o después de su acción habrían de intervenir la suerte y la casualidad solas o en gran parte para que el tipo no se realice, lo que deviene demostrativo, junto al resto de las consideraciones efectuadas, de su decisión por la posible lesión del bien jurídico vida¹⁵.

¹⁵ Trib.Cas.Pen., sala VI, “Kuret”, c. 68.404, reg. 678/2015, con cita de ROXIN, PG 12, Nm. 56, quien toma el concepto de HERZBERG, JZ, 1988, 639.

En resumen, afirma que el extremo de la imputación discutido constituye la derivación razonada del Derecho vigente y de las pruebas habidas en la presente causa, ponderando que no hubo infracción a ninguna regla de la sana crítica ni desconocimiento del *in dubio pro reo*, en tanto repercusión de la garantía de inocencia como posición del juez respecto de la verdad –frustrada– no sólo no surge de los fundamentos que el a quo expuso sino tampoco de los argumentos utilizados en el recurso¹⁶.

5. Tercer escalón: la antijuridicidad

La antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana; injusto es la misma conducta humana desvalorada. En palabras más sencillas, es la contradicción de la conducta con el orden jurídico.

Arribados a este estadio se verifica si la conducta penalmente típica es antinormativa, pero todavía falta un paso más, ya que aún no es antijurídica, porque puede estar amparada por un precepto permisivo (causa de justificación) que puede provenir de cualquier parte del ordenamiento jurídico. Recordemos que estos preceptos permisivos se llaman causas de justificación y se encuentran previstos en el artículo 34 del Código Penal (legítima defensa, estado de necesidad justificante, legítimo ejercicio de un derecho).

Realizadas estas consideraciones, y luego del análisis del fallo, se desprende claramente que la acción desplegada por González fue antijurídica, ya que violó la ley 14.107, donde se establece la normativa de perros potencialmente peligrosos, siendo que la raza Pitbull Terrier se encuentra contemplada en el Anexo 1, artículo 15, de dicha ley¹⁷. Sumado a lo expuesto, en el artículo 8° de dicha normativa se puede observar que para la presencia y circulación en espacios públicos de dichos perros es obligatorio utilizar correa o cadena de menos de un metro de longitud y collar y bozal adecuado para su raza. Del mismo

¹⁶ Trib.Cas.Pen., sala VI, 30-5-2013, “El Bueno, Humberto Gabino o Del Bueno, Humberto Gabino s/Recurso de casación”, c. 55.295, reg. 186.

¹⁷ Ley 14.107, disponible en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14107.html>.

artículo se desprende la obligación de “...Adoptar medidas de seguridad y prevención en el inmueble donde se aloja al perro, en el que debe haber estructuras suficientemente resistentes y de dimensiones adecuadas que impidan al perro escaparse o sobrepasar el hocico más allá de los límites propios”. Acto seguido, se aclara que en el inmueble que pertenezca a más de un propietario se prohíbe dejar al perro en lugares comunes.

De una simple lectura de las pruebas anexadas al proceso se puede afirmar que González incumplió con todas las medidas de seguridad previstas por dicha ley (tenía al perro Pitbull amarrado a un auto que se encontraba en la vía pública, con una soga de más de un metro y medio de largo, de modo que le permitía al can una mayor movilidad y sin bozal). Además, es dable traer a colación el testimonio del perito Fernando Rubén Di Stéfano, que fue el experto que elaboró el informe de la Dirección de Veterinaria del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires y que al final de su testimonio, al preguntársele si las condiciones en las que se tenía al animal eran las adecuadas, afirmó que “no, porque está en la vía pública y mucho menos atado en un vehículo en esas condiciones...”

Para profundizar este punto, nos remitimos a lo considerado en el apartado de tipicidad, específicamente al analizar el voto del doctor Alegre cuando habla de “producción de un resultado penalmente relevante”. Sumado a lo expuesto y repasando el aspecto negativo de la antijuridicidad, debemos concluir que la conducta no se encuentra justificada por ninguna de las causales que surgen del artículo 34 del Código Penal, por lo tanto la conducta atribuida a González no solamente es típica, sino también antijurídica, por lo que corresponde inmiscuirnos al estudio del último escalón en la teoría del delito.

6. Cuarto escalón: la culpabilidad

Hasta este momento, podemos afirmar que la conducta de González fue típica y antijurídica. Ahora debemos preguntarnos el siguiente interrogante: ¿Se le puede reprochar al imputado esa conducta típica y antijurídica a título de autor?

Antes de adentrarnos en este punto, cabe recordar que la culpabi-

lidad es un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, de este modo, operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste, es decir, si puede reprocharse el injusto a su autor y, por ende, si puede imponerse pena y hasta qué medida según el grado de ese reproche. La culpabilidad se entiende como un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de autodeterminación con que actuó. Por ello, es necesaria la personalización a la hora de proporcionar una respuesta jurídica basada en un reproche al autor de un delito. Pero además de la exigencia de la autodeterminación del sujeto, es requisito indispensable que el sujeto haya tenido la posibilidad de comprender la anti-juridicidad (es decir que haya podido internalizarla).

Claramente, hablamos de una culpabilidad de acto, en donde la personalidad del agente sirve para ponderar el catálogo de posibles conductas que el sujeto tenía a su disposición, el menú del que pudo servirse a la hora de elegir. No se le reprocha la personalidad misma, sino el ámbito de decisión que su personalidad contribuía a configurar. En función de la personalidad se le reprocha lo que hizo.

En sentido estricto, en el plano de la culpabilidad, el principio de culpabilidad puede enunciarse sintéticamente con la fórmula “no hay pena sin reprochabilidad”, es decir, no hay delito cuando el autor no haya tenido en el momento de la acción un cierto margen de decisión o, si se prefiere, de libertad para decidir. Los ámbitos de autodeterminación pueden ser sumamente amplios, en cuyo caso corresponde una reprochabilidad mayor y pueden llegar hasta grados o umbrales mínimos en que, aun cuando no estuvieran ni se pudiera asegurar que fuesen cancelados, la reprochabilidad desaparece porque todo indica que el agente debía haber realizado un esfuerzo que no le era jurídicamente exigible (en este último caso se trató de ámbitos de autodeterminación que son jurídicamente irrelevantes).

En el presente caso, los magistrados consideraron que González actuó en libertad y que con un obrar del mismo que hubiera resultado adecuado a las normas y a la peligrosidad del animal en cuestión hubiera evitado el resultado lesivo.

No podemos dejar de mencionar el aspecto negativo de la culpa-

bilidad que está configurado por las llamadas “causas de exculpación o inculpabilidad”, que son aquellas que se presentan cuando hay inexigibilidad por reducción grave o cancelación del ámbito de autodeterminación y cuya consecuencia no es otra que la exculpación o inculpabilidad del sujeto. Dicho esto y más allá de las particularidades de cada una de ellas, en el caso no se configura ninguna; por lo tanto, ahondar en sus especiales características nos parece innecesario.

Para finalizar con el análisis del fallo, cabe destacar que los tres magistrados de primera instancia coincidieron en valorar como agravante el hecho de que resultara muerto un niño de dos años de edad en tanto ello comporta un mayor contenido objetivo de injusto. Además, consideraron que en el caso no concurrieron eximentes, y tampoco fueron invocadas por las partes. Finalmente, ponderaron como atenuantes la carencia de antecedentes penales del encartado.

7. Conclusión

Hay una popular frase que dice: “perro que ladra no muerde”. Sin embargo, el 29 de mayo de 2014, en la localidad de Alejandro Korn, el Pitbull que estaba al cuidado el señor Horacio Fernando González no sólo ladró y mordió, sino que mató a un niño de tan sólo dos años. Ante este hecho nos preguntamos: ¿Hubo conducta por parte de González? ¿Esa conducta es típica? Si es típica, ¿nos encontramos frente a una tipicidad dolosa, culposa u omisiva? ¿La conducta desplegada es antijurídica? Y por último: ¿Se le puede reprochar a González dicha conducta a título de autor?

A lo largo de este trabajo se analizaron los fallos de primera y segunda instancia que resolvieron el caso con el objetivo de dar respuesta a estos interrogantes, tomando como base la teoría del delito esbozada por el doctor Zaffaroni.

Como hemos adelantado en la Introducción del trabajo, más allá de compartir o no la decisión que se adoptó en los fallos analizados, nos abocamos al estudio del presente caso por dos motivos. En primer lugar, no sólo por la actualidad que los fallos presentan, sino también debido a que los temas centrales que se discutieron en los mismos son problemas vigentes, que al día hoy se debaten en dogmática penal.

En este sentido, tanto la delimitación entre el dolo eventual y la culpa con representación como la dudosa constitucionalidad de los delitos de omisión impropios en tipos no escritos generan adeptos de prestigiosos doctrinarios, de uno y otro lado. En segundo lugar, debido a que nos parecieron muy interesantes los argumentos vertidos por los magistrados actuantes para fundamentar la resolución del mismo. En este orden de ideas, una de las finalidades del presente fue poner de manifiesto las distintas posturas que se pueden arribar a un suceso de los denominados “casos de laboratorio”.

Siguiendo esta línea de pensamiento, compartimos la postura de los magistrados de primera instancia, quienes entre sus fundamentos destacaron que son siempre los casos los que desafían a la teoría o a la interpretación. Claramente, no existe un caso único o modelo de muertes provocadas por perros potencialmente peligrosos (como en el caso) o por conducción de automóviles. Precisamente, es tarea de los jueces evaluar el caso concreto, con las pruebas presentadas por las partes, y arribar a una sentencia justa. En ese camino, creemos que la teoría del delito, sin lugar a dudas, no sólo resulta una herramienta lógica para los magistrados en la resolución de un caso en concreto, sino que también constituye una garantía para cualquier persona que sea sometida a un proceso penal.

Bibliografía

- ALFARO, Luis Miguel Reyna (coord.), “Derecho Penal y Modernidad”, 1ª ed., Perú, Ara Editores, 2010.
- BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- “Técnica de resolución de casos penales”, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- CREUS, Carlos, “Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- EDWARDS, Carlos, “La posición de garante y el principio de legalidad en materia penal”, en La Ley Supl. Penal y Procesal Penal del 29-12-2005, p. 10.
- ERBETTA, Daniel Aníbal, “Colección temas y problemas de Derecho Penal y Criminología 1: proceso formativo de la teoría del delito”, 2ª ed. ampl., Rosario, UNR Editora, Universidad Nacional de Rosario, 2006.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Principios de Derecho Penal. La ley y el delito”, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot–Sudamericana, 2005.
- “Tratado de Derecho Penal”, 2ª ed., Buenos Aires, Losada, 1958, t. III.
- NINO, Carlos Santiago, “¿Da lo mismo actuar que omitir?”, en *La Ley* 1979-C-801 y 806.
- ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte general”, t. I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Navarra, Civitas, 1997.
- SOLER, Sebastián, “Derecho Penal argentino”, 2ª reimp., Buenos Aires, TEA, 1953, t. II.
- TERÁN LOMAS, Roberto, “Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- TERRAGNI, Marcos, “Omisión impropia y posición de garante. Derecho Penal. Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Manual de Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Ediar, 2014.

Páginas webs consultadas

- CSJ de Santa Fe, 15-12-2009, “Alí, Walter Alfredo s/Recurso de inconstitucionalidad. Sentencia”, <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-local-santa-fe-ali-walter-alfredo-recurso-inconstitucionalidad-fa09090287-2009-12-15/123456789-782-0909-0ots-eupmocsollaf?>, 18-8-2017.
- Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Ley 14.107 sobre Tenencia de Perros Potencialmente Peligrosos, <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/I-14107.html>, 16-7-2017.
- TCrim. N° 4 de La Plata, “Condenan a ocho años de prisión al dueño del Pitbull que mató a un niño de dos años de edad”, <http://www.saij.gob.ar/condenan-ocho-anos-prision-al-dueno-pitbull-mato-nino-dos-anos-edad-nv14293-2016-04-25/123456789-0abc-392-41ti-lpssedadevon?>, 18-8-2017.
- Trib.Cas.Pen., sala I, “González, Horacio Fernando s/Recurso de casación”, causa 78.951 (3), [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=36701&n=Ver%20Sentencia%20\(78951%20i\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=36701&n=Ver%20Sentencia%20(78951%20i).pdf), 14-4-2017.

ANÁLISIS DEL SISTEMA NACIONAL DE GESTIÓN DOCUMENTAL ELECTRÓNICA (GDE)

(EN EL MARCO DE LOS PLANES DE MODERNIZACIÓN
DEL ESTADO Y DE TECNOLOGÍA Y GOBIERNO DIGITAL)

por ADRIANA TALLER*, ANALÍA ANTIK**,
DÉBORA PAREDES*** y MARINA BICHERÉ****

Al servicio del ciudadano la Administración
queda obligada a transformarse en una ad-
ministración electrónica regida por el prin-
cipio de eficacia.

Expresión de Motivos de la Ley Española
11/2007, de acceso electrónico de los
ciudadanos a los servicios públicos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes relevantes del Plan de Modernización
emprendido por el Estado nacional. 3. Breve comentario del decreto 434/2016.

* Profesora titular de la asignatura Derecho Administrativo, directora del Centro de
Investigaciones en Derecho Administrativo y de la Carrera de Especialización en Derecho
Administrativo, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

** Profesora asociada de la asignatura Derecho Administrativo, secretaria académica
del Centro de Investigaciones en Derecho Administrativo y de la Carrera de Maestría en
Derecho Público, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

*** Jefa de trabajos prácticos de la asignatura Derecho Administrativo, secretaria
administrativa del Centro de Investigaciones en Derecho Administrativo y secretaria
de coordinación de la Carrera de Maestría en Derecho Público, maestranda en Derecho
Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y profesora
superior en Abogacía por la Pontificia Universidad Católica Argentina.

**** Adscripta a la Cátedra de Derecho Administrativo, maestranda en Derecho
Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y profesora
superior en Abogacía por la Pontificia Universidad Católica Argentina.

3.1. Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), aprobado por el decreto 561/2016. 3.2. Implementación del Sistema de Gestión Documental Electrónica. 4. El proceso de cambio como política pública. 5. Objetivos delineados en el proyecto de investigación. 6. A modo de conclusión. Bibliografía.

Resumen

Entendiendo la relación del ciudadano con el Estado dentro del marco teórico en el que la cosa pública atiende preferentemente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto –entendido éste como la generalidad de los ciudadanos en el contexto de la concepción ciudadano-céntrica–, es que se analizará el uso de las tecnologías como herramientas de acercamiento del ciudadano al Estado para el ejercicio cabal de sus derechos fundamentales. Todo ello en el marco del “Plan Nacional de Modernización” encarado por el gobierno nacional y su articulación con las provincias y los gobiernos locales.

Abstract

Understanding the relationship between citizens and the State within the theoretical framework in which public affairs preferably attend permanent and comprehensive improvement of the living conditions of the people as a whole –understood as the generality of citizens in the context of the citizen-centric conception–, is that the use of technologies will be analyzed as tools to bring citizens closer to the State for the full exercise of their fundamental rights. All this within the framework of the “National Plan of Modernization” faced by the national government and its articulation with the provinces and local governments.

Palabras clave

Nuevas tecnologías. Gestión administrativa. Buena administración.

Keywords

New technologies. Administrative management. Good administration.

1. Introducción

En el marco del proyecto de investigación “Las nuevas tecnologías en la gestión y control de la actividad administrativa”¹, se establecieron como objetivos, entre otros: i) Identificar los alcances de la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en la organización y gestión de la Administración; ii) analizar las políticas públicas existentes en materia de comunicación del quehacer cotidiano de la administración a la comunidad, y iii) detectar y analizar en los sistemas de organización, de gestión y de control existentes situaciones que neutralizan o deterioran la utilización de las TIC, tales como las resistencias burocráticas y políticas.

Encontrándose la Administración Pública Nacional inmersa en un proceso de reformas sustanciales en ese ámbito, en el presente trabajo se trabajará un relevamiento de las normas sobresalientes que lo acompañan y de las herramientas sistémicas que se incorporan.

Asimismo, se emprenderá un abordaje teórico sobre la política pública que involucra la transformación en curso, partiendo de las razones alegadas por el administrador en cada una de las normas implicadas.

A este fin se examina si las tecnologías aplicadas en la planificación de los procesos, trámites, páginas webs, organigramas, etcétera, que hoy son utilizados en el funcionamiento cotidiano de la Administración Pública Nacional constituyen un sistema programado de reglas, normas y controles que aseguren la protección efectiva y cotidiana de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

“La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico-administrativa al uso ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le decía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de poder en que se constituyó tantas veces el Estado [...] Es decir, la perspectiva abierta y dinámica del poder, ordenada a la realización de la justicia, a dar a cada uno

¹ Radicado en el Centro de Investigaciones en Derecho Administrativo, la Maestría en Derecho Público y la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo.

lo suyo lo que se merece, ayuda sobremanera a entender que el principal atributo del Gobierno y la Administración Pública sea, en efecto, un elemento esencial en orden a que la dirección de la cosa pública atienda preferentemente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto, entendido como la generalidad de los ciudadanos”².

Entendiendo a la relación del ciudadano con el Estado dentro de este marco teórico bajo el manto de la concepción ciudadano-céntrica es que se analizará en los apartados siguientes el uso de las tecnologías como herramienta de acercamiento del ciudadano al Estado para el ejercicio cabal de sus derechos fundamentales.

2. Antecedentes relevantes del Plan de Modernización emprendido por el Estado nacional

El 10 de diciembre del año 2015 el gobierno nacional dictó el DNU 13³, que modificó parcialmente la ley de ministerios 22.250⁴, creándose, entre otros, el Ministerio de Modernización.

Dicha incorporación tuvo como fin impulsar el desarrollo de tecnologías aplicadas a la administración pública central y descentralizada, que acerquen al ciudadano a la gestión del gobierno nacional, así como la implementación de proyectos que permitan asistir, según lo requieran, a los gobiernos provinciales, municipales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁵.

Mediante el dictado del decreto 434⁶ se aprobó el nuevo “Plan de Modernización del Estado”, con miras a consolidar el moderno paradigma de gestión estatal, centrado en el ciudadano, cuya “matriz se sustenta en ejes de trabajo para alcanzar un Estado sólido, moderno y eficiente, con cuerpos técnicos profesionalizados, orientados

² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, texto de la Conferencia dictada en el Seminario sobre el Derecho a la Buena Administración Pública, Escuela de Administración Pública de Castilla-León, Ávila, 19 y 20 de marzo de 2007.

³ B. O. del 11-12-2015.

⁴ Hoy t. o. decreto 513/2017, B. O. del 17-7-2017.

⁵ Considerando 6°.

⁶ B. O. del 2-3-2016.

a una gestión por resultados, en un marco de plena transparencia de sus acciones y sujetos a rendición de cuentas de lo actuado, permitiendo así afianzar la confianza en la relación con la ciudadanía, la protección de sus derechos, proveyendo bienes y servicios de calidad y promoviendo eficazmente la iniciativa de las personas sin generar tramitaciones innecesarias”⁷. Esta norma reemplazó al anterior Plan Nacional de Modernización de la Administración Pública⁸ e incorporó políticas, programas y nuevos instrumentos, complementando las acciones emprendidas en el Sector Público Nacional allá por el año 2001.

Cabe destacar que el Plan –hoy derogado– fue producto de un proceso de reforma administrativa orientada a optimizar el funcionamiento de la Administración Pública Nacional e introducir en la gestión de las organizaciones públicas el cumplimiento de resultados mensurables y cuantificables⁹, que lamentablemente fracasó por los desórdenes institucionales que son de conocimiento público y notorio.

Por su parte, la Ley 25.506¹⁰ de Firma Digital –sancionada por la misma época– da cauce jurídico a la firma digital¹¹ y al documento

⁷ Considerando 5º.

⁸ Decreto 103/2001.

⁹ Por decreto 229/2000 se había creado el “Programa Carta Compromiso con el Ciudadano”, que disponía que las organizaciones públicas debían brindar una mejor atención en los servicios, mejor provisión de información a los ciudadanos y garantizar la transparencia de sus acciones, todo lo cual buscaba afianzar el cumplimiento del artículo 42 de nuestra Carta Magna. En otras palabras, la finalidad de la Carta Compromiso era lograr una mayor receptividad y mejor respuesta del Estado a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo referente a la prestación de los servicios a su cargo. Para ello, establecía los principios y criterios generales que propendieran a la mejora de la calidad de los mismos, reafirmando los derechos de los que goza el ciudadano frente a la Administración Pública Nacional, como el derecho a obtener una información clara y veraz sobre las actividades que desarrolla, el derecho a ser asesorado sobre trámites y requisitos que debe cumplir y el derecho a ser tratado con el debido respeto y deferencia por las autoridades.

¹⁰ B. O. del 14-12-2001.

¹¹ Artículo 2º: “Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del do-

electrónico¹², estableciendo en su artículo 48 que el Estado nacional, dentro de las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8° de la ley 24.156¹³, promoverá el uso masivo de la firma digital de tal forma que posibilite el trámite de los expedientes por vías simultáneas, búsquedas automáticas de la información y seguimiento y control por parte del interesado, propendiendo a la progresiva despapelización.

3. Breve comentario del decreto 434/2016

De la lectura de sus considerandos se desprende que una de las premisas del gobierno nacional es garantizar el derecho a una buena administración, utilizando los recursos con miras a una mejora sus-

cumento digital posterior a su firma”. Por su parte, el artículo 3° dispone que “Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

¹² Artículo 6°: “Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”, introduciendo el artículo 10 una presunción *iuris tantum*, en cuanto determina que “Cuando un documento digital sea enviado en forma automática por un dispositivo programado y lleve la firma digital del remitente se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento firmado proviene del remitente”.

¹³ El artículo 8°, ley 24.156, dispone que el Sector Público Nacional está integrado por: “...a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o

tancial en la calidad de vida de los ciudadanos, focalizando su accionar en la producción de resultados que sean colectivamente compartidos y socialmente valorados¹⁴.

Este nuevo Plan tiene como objetivo colaborar con las administraciones públicas provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las cuales podrán adherir al mismo¹⁵. Su ámbito de

aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades”.

¹⁴ Razones alegadas en el considerando 1º.

¹⁵ La Provincia de Santa Fe sancionó la ley 12.491, cuyo artículo 1º expresa que “La Provincia de Santa Fe instrumentará los recaudos necesarios para establecer dentro de su jurisdicción la operatividad de los actos y mecanismos previstos en los Capítulos I a IV de la Ley 25.506 –Firma Digital– sancionada por el Honorable Congreso de la Nación”, y el artículo 2º: “Autorízase el empleo de la Firma Digital en todas las dependencias del Sector Público Provincial”, invitando a adherir a la misma a los municipios y comunas (art. 5º). A su vez, dictó el decreto reglamentario 1573/2008, por el que crea la Infraestructura de Firma Digital del Gobierno de la Provincia de Santa Fe (IFD-SF) (art. 2º) y establece que el Ministerio de Gobierno y Reforma del Estado, a través de la Secretaría de Tecnologías para la Gestión, actuará como Autoridad de Aplicación de la presente normativa (art. 3º). Además, conforme surge de su página web, la Provincia cuenta con un Plan Estratégico de Tecnologías (“TecnoFE”) 2016-2018, que contiene 55 proyectos de desarrollo tecnológico para mejorar la gestión de la administración pública, así como para dar respuesta a las nuevas demandas de la ciudadanía en distintas áreas. Expresa el portal que “El Estado santafesino invertirá 57 millones de dólares para su implementación, que está enfocada en las áreas estratégicas de salud, educación y seguridad pública; gestión de recursos y sistemas de compras y contrataciones; procesamiento y transmisión de datos electorales” (<https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/205766>). Por su parte, la Provincia de Buenos Aires creó la plataforma de Gestión Documental Electrónica Buenos Aires (GDEBA), que permite la gestión digital de todos los trámites de la administración central de la Provincia de Buenos Aires. Los objetivos que persigue la implementación son des-papelizar el procedimiento administrativo, eficientizar la gestión administrativa y facilitar la generación electrónica, registro y archivo de la documentación. La administración general de GDEBA y su ejecución están a cargo de la Dirección Provincial de Modernización Administrativa, perteneciente a la Subsecretaría para la Modernización del Estado de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires. Consta de diferentes módulos de formación, de acuerdo a las instancias de intervención: escritorio único, comunicaciones oficiales, generador electrónico de documentos oficiales y expediente electrónico (<http://gdeba.gba.gob.ar/>). Asimismo, el decreto bajo examen encomienda a la Jefatura de Gabinete de Ministros la coordinación de la ejecución de las acciones que deriven del Plan, fomentando su adhesión por parte de los gobiernos provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

aplicación comprende a la Administración Central, los organismos descentralizados, las entidades autárquicas y las empresas y sociedades del Estado.

Por su parte, el Ministerio de Modernización de la Nación ha creado el Consejo Federal de Modernización e Innovación en la Gestión Pública, cuya primera asamblea ordinaria se celebró en Mendoza en marzo del año 2017 y se encuentra integrado por las Provincias de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tucumán y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo, el Ministerio es el encargado de elaborar los documentos que detallen la implementación del mismo, así como manuales de procedimientos y guías metodológicas; de asistir técnicamente y brindar asesoramiento a las unidades responsables de la implementación de las actividades comprendidas en el Plan y de realizar acciones de difusión y capacitación vinculadas a su implementación.

Conforme surge del Anexo del decreto, el Plan Nacional de Modernización está estructurado en base a cinco ejes: plan de tecnología y gobierno digital¹⁶, gestión integral de los recursos humanos¹⁷, gestión por resultados y compromisos públicos¹⁸, gobierno abierto e innovación

¹⁶ Se propone fortalecer e incorporar infraestructura tecnológica y redes con el fin de facilitar la interacción entre el ciudadano y los diferentes organismos públicos. Asimismo, se busca avanzar hacia una administración sin papeles, donde los sistemas de diferentes organismos interactúen autónomamente.

¹⁷ Es fundamental que la gestión de las personas se acompañe de un proceso de cambio organizacional que permita avanzar en su jerarquización, facilitando el aprendizaje y la incorporación de las nuevas tecnologías y procesos para lograr la profesionalización de los trabajadores de la administración pública.

¹⁸ La institucionalización de procesos que permitan tanto la definición clara de prioridades para la toma de decisiones como la evaluación de los procesos mediante los cuales se plasmarán e implementarán dichas decisiones y la correspondiente reasignación de recursos son aspectos fundamentales en la búsqueda de un Estado socialmente eficiente y abarcativo. Asimismo, es necesario promover la cultura de la eficiencia pública a través de un modelo de gestión que haga énfasis en los resultados y en la calidad de los servicios, con flexibilidad en la utilización de los medios, pero estricto en la prosecución de sus fines, basados en sistemas de rendición de cuentas que aumenten la transparencia de la gestión.

pública¹⁹ y estrategia país digital²⁰. Cada uno de estos ejes contiene, además, objetivos y actividades concretas para su consecución.

A partir del dictado de esta norma marco se fueron dictando decretos y otras normas de jerarquía inferior tendientes a su efectivización.

3.1. *Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), aprobado por el decreto 561/2016*

El Sistema denominado “Gestión Documental Electrónica” (GDE) –cuya implementación fue aprobada mediante el decreto 561/2016²¹– consiste en un Sistema integrado de caratulación, numeración, seguimiento y registración de movimientos de todas las actuaciones y expedientes del Sector Público Nacional, que deberán utilizar las entidades y jurisdicciones enumeradas en el artículo 8º de la ley 24.156²², de acuerdo al cronograma establecido por el Ministerio de Modernización, en reemplazo del ComDoc²³ u otros sistemas de gestión documental en uso (art. 2º).

Esta norma otorga al Ministerio de Modernización, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina, las funciones establecidas en los incisos a, d, e i, del artículo 13 del decreto 2628/2002, entre las que se encuentran: otorgar y revocar las licencias habilitantes que acreditan a los certificadores licenciados, disponer la instrucción sumarial y aplicación de sanciones de inhabilitación temporal o permanente a todo certificador o licenciado que no respetare o incumpliere los requerimientos y dis-

¹⁹ Junto a la eficiencia de los servicios prestados por el Estado debe promoverse la más amplia participación posible de la comunidad en la evaluación y el control de los programas del Estado y de las instituciones públicas, de manera que se renueve la confianza en el vínculo entre los intereses del Estado y los intereses de la ciudadanía.

²⁰ Se trata de un eje transversal a los cuatro anteriores, orientado a crear alianzas con las administraciones públicas provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objetivo de fortalecer los lazos existentes para avanzar dentro de un marco de intercambio y colaboración mutua, poniendo al servicio del desarrollo conjunto de las administraciones, las experiencias y prácticas exitosas existentes en todo el territorio nacional.

²¹ B. O. del 7-4-2016.

²² Ver nota 13.

²³ Comunicaciones documentales.

posiciones de la ley 25.506 y sus normas complementarias, pudiendo fijar los aranceles establecidos en el artículo 16 del citado decreto (art. 8°).

Asimismo, otorga a la Secretaría de Modernización Administrativa las funciones establecidas en los incisos b, c, e, f, g, h, j, k, l, m, n, o, y p, del artículo 13 y las obligaciones del artículo 14 del decreto 2628/2002, entre las que se encuentran las referentes a la fiscalización de la actividad de los certificadores licenciados, al cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, al otorgamiento, denegación y revocación de licencias, y a la realización de inspecciones, auditorías, instrucción sumarial y aplicación de sanciones, debiendo publicar la nómina actualizada de certificadores licenciados y supervisar y controlar la ejecución de planes, así como también resolver reclamos de los usuarios de certificados digitales (art. 9°).

3.2. Implementación del Sistema de Gestión Documental Electrónica

El gobierno nacional y las áreas dependientes del Ministerio de Modernización fueron dictando variadas normativas a fin de poner en ejecución el Sistema.

Así, mediante la resolución 3 del 21 de abril de 2016, dictada por la Secretaría de Modernización, se aprueba la implementación de los módulos “Comunicaciones Oficiales”, “Generador de Documentos Electrónicos Oficiales” (GEDO) y “Expediente Electrónico” (EE), todos del Sistema GDE.

A partir de allí, el Ministerio de modernización ha dictado numerosas resoluciones por las que se establecen los cronogramas de implementación de los referidos módulos en los diversos organismos que integran la administración centralizada y descentralizada.

Por su parte, mediante el decreto 1131 –del 28 de octubre de 2016– se aprueba la implementación del Repositorio Único de Documentos Oficiales (RUDO), con la función de centralizar, contener y conservar la totalidad de documentos electrónicos obrantes en el Sistema GDE, asegurando su integridad, accesibilidad y disponibilidad.

Bajo este paraguas normativo y dentro de las facultades conferidas

por el decreto 561/2016 –analizado en el acápite precedente–, el secretario de Modernización Administrativa viene dictando diversas resoluciones por las cuales ordena a diversas autoridades su acogimiento al Sistema GDE, para lo cual deberán –dentro del cronograma establecido para cada una de ellas– confeccionar y firmar sus actos administrativos, mediante el módulo GEDO del Sistema GDE.

Se procedió, además, a la actualización del nomenclador de trámites del Sistema GDE a través de la resolución 19-E/2017, del 2 de abril.

En materia de recursos humanos, la Decisión Administrativa N° 506 del 2 de diciembre de 2009 ya regulaba el Legajo Informatizado Único del Personal de la Administración Nacional. A partir del dictado del decreto 888²⁴ –de 22 de julio de 2016–, se dispone la implementación del Sistema de Administración de Recursos Humanos (SARHA) desarrollado por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) como sistema integral de gestión y administración del personal que presta servicios en las entidades y jurisdicciones comprendidas en el inciso a, del artículo 8° de la ley 24.156, estableciendo el plazo de un año a partir de dicha fecha para su operativización.

Por resolución 22-E²⁵, emanada de la Secretaría de Modernización, se aprueba la implementación del módulo “Legajo Único Electrónico” (LUE) del Sistema GDE como único medio de creación, registro, guarda y archivo de la totalidad de la documentación y datos correspondientes a las personas que prestan servicios en virtud de cualquier modalidad en el ámbito establecido en el artículo 8° de la ley 24.156.

Por otra parte, el decreto 1131²⁶ regula la digitalización y archivo de documentos en formato electrónico, facultando a la Secretaría de Modernización Administrativa a dictar las normas operativas, aclaratorias y complementarias relativas a la conservación y plazos de guarda de los documentos electrónicos y expedientes en el Sistema GDE, así

²⁴ Establece que el Sistema de Administración de Recursos Humanos será la base para la implementación del Registro Central del Personal del Sector Público Nacional y del Régimen de Administración del Legajo Informatizado Único del Personal de la Administración Pública Nacional según corresponda y que estará interconectada con el módulo Legajo Único Electrónico del Sistema GDE.

²⁵ B. O. del 14-10-2016.

²⁶ B. O. del 31-10-2016.

como para el proceso de digitalización, archivo y conservación de documentos de gestión en soporte papel en el ámbito del Sector Público Nacional.

Otro tema de interés derivado de esta norma es el otorgamiento a los documentos digitales de la calidad de instrumentos públicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 293, CCCN²⁷.

A fin de cumplir con el proceso de despapelización –que es uno de los pilares en que se apoya el Sistema–, se estableció un cronograma a los fines de la migración de los documentos existentes en soporte papel a soporte digital, dictándose variada normativa que así lo dispone²⁸.

4. El proceso de cambio como política pública

Como se expresara en la Introducción, la investigación abordada se realiza bajo el paraguas de un marco teórico que considera al “buen gobierno” como un derecho fundamental del ciudadano y que toda la actividad del Estado debe estar conducida a garantizar su pleno ejercicio.

Un “buen gobierno”, entendido como una administración más efi-

²⁷ Artículo 1º, decreto 1131: “Los documentos y expedientes generados en soporte electrónico y los reproducidos en soporte electrónico a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, digitalizados de acuerdo al procedimiento que establezca la Secretaría de Modernización Administrativa del Ministerio de Modernización, son considerados originales y tienen idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel, en los términos del artículo 293 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación”.

²⁸ Entre otras, la resolución 29-E/2017, B. O. del 14-3-2017, dictada por el secretario de Modernización Administrativa; la misma establece que los legajos del personal que presta servicios en virtud de cualquier modalidad en el ámbito establecido en el artículo 8º de la ley 24.156 deberán confeccionarse únicamente mediante el módulo LUE del Sistema GDE, en reemplazo de cualquier otro sistema de legajo existente, como por ejemplo, el que poseen los SARHA o de Información Universitaria (SIU PAMPA), y que los legajos obrantes en soporte papel del personal en actividad deberán ser digitalizados e incorporados al módulo LUE, de acuerdo con los procedimientos y protocolos de escaneo aprobados por la resolución 44-E del 30-12-2016 de la Secretaría de Modernización Administrativa, disponiendo el cronograma de aplicación obligatoria a los organismos que integran el Sector Público Nacional (arts. 1º a 3º).

ciente, implica la reformulación de sus principios, reglas e institutos desde los derechos sociales; la redefinición del vínculo entre Estado y sociedad y su impacto en el Derecho Administrativo, así como también una administración de diálogo y consenso²⁹. En la actualidad, la relación Estado-administrado ha cambiado. El administrado ha dejado de ocupar el lugar de súbdito o sujeto pasivo de la relación para pasar a ser “un ciudadano”, persona humana titular de derechos fundamentales que la administración pública debe respetar y concretizar a favor de aquél³⁰. Por ello, el Derecho Administrativo del siglo XXI debe enmarcarse en el Estado Social y Democrático de Derecho, y no en el Estado Liberal de Derecho. Las bases actuales deben ser división de poderes, legalidad, derechos individuales, derechos sociales, nuevos derechos, control judicial, incorporación de nuevas herramientas tecnológicas, participación y consenso³¹.

Así lo entiende el Código Iberoamericano de Buen Gobierno al caracterizarlo como “...aquel que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho”³².

De la lectura de las normas que en prieta síntesis se analizaron precedentemente surge que la filosofía que impregna el Sistema se dirige hacia la conformación de una relación entre la Administración y el ciudadano, articulada bajo la cultura del “buen gobierno”.

Asimismo, en el plano formal vemos que se han efectuado diag-

²⁹ Confr. BALBÍN, C. F., “Tratado de Derecho Administrativo”, 2ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 60.

³⁰ En este sentido resultan ilustrativas las reflexiones de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, cuando expresa que “De la juridicidad y el ocaso de una manera de entender el poder en forma subjetiva, en virtud de la cual el capricho y el puro deseo de dominación eran la fuente del Derecho, hoy emerge una nueva forma de concebir el ejercicio del poder en versión objetiva que, por obvias razones, quizás porque la condición humana sigue siendo la misma que hace dos milenios, requiere de temple, de moderación, de equilibrio y de sensibilidad social, pues, de lo contrario, el poder aparece en clave de fuerza racionalizada en lugar de ser un instrumento para promover la justicia y el interés general” (“La ética pública constitucional y la buena administración”, en *elDial* – DC1FFE, del 9-10-2015).

³¹ Íd., p. 57.

³² Código Iberoamericano de Buen Gobierno, Montevideo, 2006, art. 4°.

nósticos que intentan conformar un sistema de gestión de la Administración Pública tendiente al logro de una adecuada prestación de servicios, eficiente, eficaz, transparente y expeditiva en la resolución de peticiones, entendiendo fundamental la participación del ciudadano, tanto al momento de formulación como de ejecución y control de la actividad administrativa.

Sin embargo, es muy pronto para discernir si el proceso en curso constituye una política pública destinada a perdurar y a hacer efectivos todos los objetivos que propugna la reforma, porque en este estadio inicial no estamos aún en condiciones de mensurarlo ni realizar un análisis del impacto de los instrumentos de planificación y gestión estratégicos utilizados.

Para ello debe examinarse un “ciclo” continente de valores y principios: transparencia, participación, colaboración, uso de las TIC para la participación y rendición de cuentas.

Algunas definiciones de políticas públicas consideran que sirven para resolver “problemas públicos relevantes”. A ese fin, discurren en un ciclo o proceso consistente en agenda, formulación, adopción, implementación, seguimiento y evaluación³³.

Dentro de las etapas señaladas se delinean acciones a seguir: refinamiento de la opción, desarrollo de la opción preferida, simular el impacto de opciones, identificar opciones posibles, comprender relaciones causales, identificar problemas, recolectar evidencia, analizar datos, compilar retroalimentaciones, dar seguimiento a través de actividades de monitoreo, inducir cambios de comportamiento, generar colaboración, garantizar participación y así sucesivamente, en forma permanente.

Puede colegirse entonces que no estamos aún en el tiempo oportuno para evaluar si el Plan Nacional de Modernización representa una política pública destinada a resolver “problemas públicos relevantes”.

Sin perjuicio de ello, la existencia de un Consejo Federal que nuclea al gobierno nacional y a las provincias es de por sí auspicioso en miras al buen desarrollo de los programas diseñados con la participación de todos los miembros participantes.

³³ CRUZ-RUBIO, C. N., “Clasificando instrumentos de políticas públicas en gobierno abierto: hacia una agenda de investigación”, www.opengovpartnership.org.

5. Objetivos delineados en el proyecto de investigación

Como se ha expresado precedentemente, resulta apresurado responder a la tríada de los objetivos que recortamos a los fines de este trabajo.

Respecto de la identificación de los “alcances” de la utilización de las TIC en la organización y gestión de la Administración es prematuro razonar sobre los alcances de la utilización de las mismas. Mas, sin perjuicio de ello, podemos advertir que hay una fuerte decisión de su aplicación en miras a modificar el funcionamiento habitual de la Administración Pública.

Esta situación no sólo se registra a nivel nacional, sino que muchos gobiernos provinciales y municipales se encuentran en proceso de implementación de herramientas similares.

Sin embargo, no se puede sopesar todavía cuál será la afectación presupuestaria destinada al cumplimiento de los objetivos de los planes en marcha y cómo se articularán estas reformas con el resto de las reparticiones que componen la Administración³⁴.

En el ámbito federal, al menos desde el punto de vista formal, existen cronogramas de cumplimiento, que se verá en su momento si se cumplen, y una preocupación por articular las iniciativas tendientes a mejorar la gestión pública, coordinándolas bajo un marco integral³⁵.

En relación con las políticas públicas implementadas, nos remitimos a lo ya dicho en el ítem anterior, ante la imposibilidad presente de medirlas en el mediano y largo plazo. Tengamos en cuenta que a partir de la década de los noventa hubo varios intentos de implementación de planes de reforma administrativa con utilización de tecnologías en el marco de la ejecución de una política pública, que luego no fueron continuadas por los gobiernos sucesivos.

³⁴ Seguimos atentamente, además, el proceso en curso en la Provincia de Santa Fe, que anunció su Plan Estratégico de Tecnología “TecnoFE” 2016-2018, que contiene 55 proyectos de desarrollo tecnológico para mejorar la gestión de la administración pública, así como para dar respuesta a las nuevas demandas de la ciudadanía en distintas áreas, con una inversión declarada de cincuenta y siete millones de dólares estadounidenses (<https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/205766>).

³⁵ Decreto 434/2016, considerando 4º.

En el plano de las resistencias burocráticas y políticas a los cambios en materia de organización y gestión administrativa, en una publicación efectuada en el marco de otro proyecto de investigación³⁶ opinamos que “una de las primeras cuestiones a definir es la que se relaciona a los problemas de la organización”. Entre otros, se individualizaron la carencia de voluntad política para llevar a cabo reformas dentro de un plan sistemático y sostenible en el tiempo; la existencia de organigramas pensados para el funcionario que la Administración de turno debe ubicar y no para la buena marcha de la gestión –junto a la presión del partido de gobierno para que se respete un “cupo”–, lo que conlleva a superposición de funciones, poca claridad de objetivos a cumplir por la unidad de organización y licuación de responsabilidades; la insuficiencia de idoneidad y preparación de los funcionarios involucrados; las presiones sindicales que obstaculizan la implementación de políticas y su resistencia a la participación en los procesos; las normas de actuación inadecuadas o inexistentes; la financiación de la actividad partidaria a través del salario de los funcionarios pertenecientes al partido oficial; la limitación de inversión en recursos humanos y materiales; la inexistencia de sistemas de control de gestión adecuados; la carencia de ámbitos edilicios adecuados, etcétera.

Y planteamos posibles soluciones sobre la base de cuatro ejes:

- 1) La organización, en cuanto a reformulación de las estructuras y funciones.
- 2) La optimización de los recursos humanos y materiales.
- 3) La reformulación de los contenidos normativos.
- 4) El control de la gestión.

Como se advertirá, con algunos matices, las cuestiones siguen siendo muy similares, por lo que en este momento seguimos trabajando

³⁶ TALLER, A. y ANTIK, A., “Reforma del Estado. Estudio crítico de áreas concretas de gran trascendencia en la búsqueda de la eficiencia y eficacia del aparato público. Hacia una mejora de la productividad estatal”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 19, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2010, p. 389. Véase que el trabajo de investigación que realizamos bajo la dirección del Dr. Calixto Armas Barea y la codirección del Dr. Jorge A. Barraguirre data del año 2000 y se decidió publicarlo en el 2010 debido a su actualidad.

en el relevamiento de los procesos de modernización en curso, pero con muchos interrogantes todavía pendientes de ser respondidos.

6. A modo de conclusión

La administración pública como gestora del bienestar general no ha quedado ajena al impacto de las nuevas tecnologías. La aplicación de las TIC a la gestión de gobierno es una necesidad en pos de una mayor transparencia y de un salto cualitativo en los cometidos públicos.

Partimos de la premisa de que el gobierno electrónico trae aparejada una reformulación de procedimientos y de modos de obrar por parte del Estado, lo que se traduce en una nueva forma de relacionarse con los ciudadanos, poniendo en debate la necesidad de reflexionar sobre unas formas organizativas y contar además, como se señaló precedentemente, con servidores públicos convencidos de la necesidad de implementar cambios con una mirada estratégica.

La aplicación de las nuevas tecnologías a la gestión de gobierno es en la actualidad una necesidad impostergable; este fenómeno modifica el nivel, la intensidad, el modo y la forma de funcionamiento de los órganos administrativos estatales. En este sentido, el uso de la TIC debe propender a la transformación institucional de aquéllos, modernizando los trámites administrativos en miras a una mejor orientación al ciudadano y al logro de una mayor participación de aquél.

De allí que su uso ha de tener como claro objetivo conducir a la transparencia de los actos de gobierno y a la participación ciudadana, eliminando los obstáculos que distancian a los ciudadanos de las autoridades públicas, tales como las distancias geográficas u otras dificultades propias de las tramitaciones obsoletas que aún persisten en algunos sectores de la administración pública.

Para ello, será necesario la aplicación de principios rectores propios de todo plan estratégico de modernización, como: i) calidad y optimización en el uso de los recursos públicos; ii) economía y racionalidad administrativas; iii) ética y transparencia, y iv) participación de la ciudadanía en la gestión pública.

No caben dudas de que el uso intensivo que la administración pública haga de las nuevas tecnologías beneficiará a los ciudadanos. Y

esta afirmación no es meramente dogmática, pues, como se señala acertadamente, pueden darse ejemplos concretos de la inmediatez, economía, eficacia y eficiencia que los nuevos adelantos aportan a la dinámica estatal, donde “el uso de la informática y la telemática constituye una herramienta que agiliza el proceso de comunicación interorgánica e interadministrativa y de toma de decisiones, por un lado, y por el otro, en tanto permite economizar los procesos y transparentar el ejercicio de la función pública de cara al administrado”³⁷.

En suma, el conjunto de actividades basadas en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación aplicadas en el sector público para su relacionamiento con el sector privado aumentará la eficacia de la gestión, mejorará los servicios ofrecidos a los ciudadanos e incrementará la transparencia en los cometidos públicos³⁸, enmarcándose de manera concreta en un proceso de transformación para la modernización de aquélla.

Bibliografía

BALBÍN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, 2ª ed. act. y ampl., Buenos Aires, La Ley, 2015, t. I.

“Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico”, Pucón, aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, 31 de mayo y 1º de junio de 2007; Santiago de Chile, adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, 10 de noviembre de 2007, resolución 18 de la Declaración de Santiago.

CASTOLDI, Pablo, “El gobierno electrónico como un nuevo paradigma de administración”, en *Prudentia Iuris* (núm. 55), Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica Argentina, marzo de 2002.

COMADIRA, Guillermo F., “Nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo”, en *Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, RAP, 2015.

³⁷ STORTONI, G., “El acto administrativo informático”, en *Documentación Administrativa*, núms. 267-268, INAP, Madrid, septiembre de 2003-abril de 2004, p. 280.

³⁸ CASTOLDI, P., “El gobierno electrónico como un nuevo paradigma de administración”, en *Prudentia Iuris*, núm. 55, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica Argentina, marzo de 2002, p. 112.

- CRUZ-RUBIO, César Nicandro, “Clasificando instrumentos de políticas públicas en gobierno abierto: hacia una agenda de investigación”, www.opengov-partnership.org.
- DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, 13ª ed., Buenos Aires-Madrid-México, Ciudad Argentina-Hispanía Libros, 2015, t. 1.
- “Gestión Pública Iberoamericana para el siglo XXI”, Santo Domingo, documento aprobado por la XL Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del CLAD, 8 y 9 de noviembre de 2010.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho a la buena administración”, Santa Fe, Conferencia de Apertura del II Congreso Redoeda, 2012.
- “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, Ávila, texto de la Conferencia dictada en el Seminario sobre el Derecho a la Buena Administración Pública, Escuela de Administración Pública de Castilla-León, 19 y 20 de marzo de 2007.
- “La ética pública constitucional y la buena administración”, en [elDial](#) – DC1FFE, del 9-10-2015.
- STORTONI, Gabriela, “El acto administrativo informático”, en [Documentación Administrativa](#) (núms. 267-268), Madrid, INAP, septiembre de 2003-abril de 2004.
- TALLER, Adriana y ANTIK, Analía, “Reforma del Estado. Estudio crítico de áreas concretas de gran trascendencia en la búsqueda de la eficiencia y eficacia del aparato público. Hacia una mejora de la productividad estatal”, en [Revista de la Facultad de Derecho](#) (núm. 19), Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 2010.

APUNTES SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

por CARLOS ARTURO VILA*

SUMARIO: 1. Control de constitucionalidad. 2. Justicia constitucional en el Derecho Comparado. 3. El *Judicial Review of Legislation* estadounidense. 4. El *Verfassungsgerichtshof* austríaco. 5. La *Corte Costituzionale* italiana. 6. El *Bundesverfassungsgericht* alemán. 7. El Tribunal Constitucional español. 8. El *Conseil Constitutionnel* francés. 9. El modelo de México. 10. El caso de Colombia. 11. Control de constitucionalidad en la República Argentina. 12. Conclusiones. 13. Bibliografía.

Sumario

El objeto del presente trabajo ha sido formular un análisis en materia de control de constitucionalidad, examinando las experiencias que brinda el Derecho Comparado articulándolo con otro análisis sobre dicha temática, en este caso focalizado en nuestro país, para poder arribar de ese modo a las respectivas conclusiones.

El debate sobre el tema de control de constitucionalidad constituye toda una asignatura pendiente en Argentina, habiendo adoptando notoria visibilidad en debates trascendentes en torno a la constitucionalidad de las Leyes de Obediencia Debida (23.521), de Punto Final (23.492), o recientemente en relación con la denominada Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (26.522), habiendo sido todo un desafío para quien escribe el poder formular en el presente abordaje una propuesta tendiente a avanzar hacia la instauración de una justicia constitucional en la República Argentina.

El ámbito de análisis del control de constitucionalidad y la conexas

* Abogado, profesor universitario, e-mail: cavila68@gmail.com.

comparación de los diferentes modelos serán estudiados previo a incursionar en un terreno de tipo conceptual, valorando alcances, contenidos, clasificaciones y categorizaciones.

Finalmente, el propósito de trabajo en el último capítulo y a modo de conclusión es el impulso favorable a la recepción de la justicia constitucional en Argentina, sosteniendo quien escribe una propuesta formulada producto del análisis y la maduración de ideas valoradas en el Derecho Comparado, abordado en gran parte del presente trabajo.

Abstract

The purpose of this work has been to formulate an analysis in the matter of constitutional control, examining the experiences offered by the Law Compared, articulating in with another analysis on said subject, in this case focused on our country, in order to reach the respective conclusions.

The debate about constitutional control constitutes an pending subject in Argentina, that has take great visibility arround “Obediencia Debida” (23.521), “Punto Final” (23.492) Laws, or in relation to the denominated “Audiovisual Communicational Services Law” (26.522). It was an challenge formule in this approach a propose to go to the instauration of a constitutional justice in Argentina Republic.

The ambit to analyse the constitutional control and the connected comparison of the different models were studied with a previous incursion in a conceptual type of field, valorating reaches, contents, classifications and categorizations.

Finally, the propose of this work in the last chapter and a mode of conclusion was a favorable impulse to the reception to constitutional justice in Argentina formulating an proposit that was the product of analysis and the maduration of valoretet ideas in the Comparative Law, abording in a great part of this work.

Palabras clave

Justicia constitucional. Control de constitucionalidad. Justicia constitucional en el Derecho Comparado.

Keywords

Constitutional justice. Constitutional control. Constitutional justice in Comparative Law.

1. Control de constitucionalidad

En la actualidad, cuando se razona sobre la justicia constitucional, se alude, comúnmente, al cotejo, por parte de un órgano jurisdiccional (que actúa pues en posición de independencia), entre Constitución (formalizada y rígida) y normas a ella subordinadas: una verificación reforzada por el poder de expulsar las normas contrarias al ordenamiento jurídico.

Hans Kelsen partía del concepto de Constitución como norma “positiva” superior a todas las otras y de “la idea de un principio supremo que determina la totalidad del ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento”, pero en un contexto dogmático –el de la construcción por grados del ordenamiento (*stufenbau*) y de los criterios conexos para comprobar la invalidez de las normas inferiores– ignorado casi por completo en los Estados Unidos.

El ámbito de análisis de la justicia constitucional, y la conexa comparación de los diferentes modelos, no puede sino manifestarse en el marco de los ordenamientos caracterizados por la forma de Estado Liberal o Liberal-Democrático; otras formas de control de constitucionalidad sólo pueden considerarse como tales en un sentido muy impreciso: lo son en particular las que operan u operaban en ordenamientos que no garantizan (o no garantizaban) un grado adecuado de independencia del juez de las leyes, y, en todo caso, ordenamientos en los que la estructura profunda del sistema jurídico, las relaciones entre poderes y las relaciones entre Estado y sociedad hacen cuando menos problemática la comparación.

Antes de iniciar un vuelo rasante por los diferentes modelos que brinda el Derecho Comparado cabe tener presente la conceptualización formulada por Lucio Pegoraro en cuanto a “modelo” entendido como “las características abstractas que marcan una cierta forma de practicar

la justicia constitucional, en relación con una característica o más que se consideren importantes características conjuntas. Designa en este contexto la estructura general del instituto de la justicia constitucional en un sistema dado, el cual se realiza históricamente. Un sistema de justicia constitucional puede generar la construcción de más modelos, o hacer referencia a ellos (y por lo general así sucede)”¹.

2. Justicia constitucional en el Derecho Comparado

Apriorísticamente cabe tener presente lo sostenido por Guillaume Tusseau en cuanto a que “la ambición de la empresa ‘comparatista’ no es tan sólo limitarse a anotar la diversidad o la proximidad de los elementos comparados sino que su principal aportación consiste en proceder de este modo a la ordenación intelectual de todos los datos recabados, como así resulta finalmente ser el objetivo principal que persigue cualquier tentativa de construcción de modelos de análisis”².

Tradicionalmente, se suelen contraponer dos grandes sistemas de control judicial de constitucionalidad: el sistema difuso o norteamericano (en virtud de su creación pretoriana en los Estados Unidos) y el sistema concentrado o europeo –kelseniano (así conocido por haber sido su creador el jurista vienés y por ser el sistema utilizado en los países del Viejo continente)–.

Ambos están inspirados en el principio de supremacía constitucional, pero se diferencian por la forma en la que garantizan la real vigencia de ese principio.

Sin perjuicio de esta primera gran distinción, es necesario aclarar que existe una clara tendencia a la desaparición de estos sistemas en su estructura “pura”. Conforme señala Francisco Fernández Segado, existe actualmente un quiebre en la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo”, marcado por la incorporación por parte de ambos sistemas de elementos del otro, dando lugar a la “mixtura e hibridación

¹ PEGORARO, L., “Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 9.

² TUSSEAU, G., “Para acabar con los ‘modelos’ de jurisdicción constitucional, un ensayo de crítica”, Porrúa, México, 2011, p. 25.

de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos de los dos antaño tradicionales sistemas de control de constitucionalidad”³.

La doctrina encuentra una aproximación entre ambos sistemas y advierte cómo algunos de los principios, estructura, procedimiento y efectos particulares de uno se trasladan o aplican en el otro.

Lucio Pegoraro nos advierte que “La hibridación de modelos desde la perspectiva propuesta comporta primariamente que a los sistemas clásicamente denominados ‘continentales’, ‘austríacos’, ‘kelsenianos’, ‘concentrados’ o similares se contraponen no sólo con el estadounidense y derivados (canadiense, australiano y en general de *common law*), sino también los mixtos, donde de otra manera opera un Tribunal Constitucional con competencias específicas, o una sala especializada de una Corte Suprema, y donde no sólo los jueces ordinarios están habilitados para inaplicar las leyes inconstitucionales: caso de Portugal, Grecia, Países Bálticos, norte de Europa, Rusia y otros ordenamientos de la ex-URSS, o muchos Estados de América Latina”⁴.

La índole monopolista o concurrencial de un sistema puede apreciarse también desde una perspectiva diferente, o sea, en base a la presencia en el seno de un mismo ordenamiento de diversos niveles de administración de justicia constitucional. En los ordenamientos federales, en particular, al sistema de la federación se añade el de los entes descentralizados, que, aunque de forma limitada, detraen parte de su competencia al principal. Son los casos de Estados Unidos, Canadá, Australia, India, etcétera, aunque también de Alemania, Austria, de algunos ordenamientos descentralizados de la Europa del Este y de América Latina.

Combinando las dos variables, se pueden incluso distinguir sistemas generalmente concentrados (donde una única Corte o tribunal ejercita

³ Conf. FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. La quiebra de la bipolaridad ‘sistema americano–sistema europeo–kelseniano’ y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2002, vol. XLI.

⁴ PEGORARO, op. cit., p. 164.

todas las competencias de justicia constitucional), como España, Italia, Bélgica, Francia, Rumania, y otros; sistemas parcialmente concentrados, en los cuales cada nivel territorial tiene un solo órgano habilitado para hacer justicia constitucional, pero en el interior del ordenamiento general conviven con competencias diversas más tribunales constitucionales (Alemania, Austria); sistemas parcialmente desconcentrados, allí donde la función se distribuye entre varios jueces y una Corte Suprema, pero sin superposición de niveles (ordenamientos de *common law* no federales, como Portugal, Grecia y otros antes mencionados), y sistemas integralmente desconcentrados (países federales de *common law*, *in primis* Estados Unidos, e incluso Rusia, algunos países federales de América Latina, como Brasil y Argentina, etc.).

3. El *Judicial Review of Legislation* estadounidense

El control de constitucionalidad de las leyes no está previsto en el texto constitucional de Estados Unidos de América; sin embargo, éste lo reconoce implícitamente (art. VI, Sec. 2), estableciendo una jerarquía de las fuentes normativas, en cuyo vértice se halla la Constitución como “Suprema Ley del país” y, sobre todo, atribuyendo la función judicial federal al Tribunal Supremo y a los otros tribunales, a los que les indica de modo detallado la esfera de sus competencias.

El control de constitucionalidad pudo afirmarse en la jurisprudencia en los primeros años de aplicación de la Carta Federal, a través del trascendente caso “*Marbury vs. Madison*”, resuelto en 1803 por el Tribunal Supremo, presidido por el mencionado juez lego John Marshall.

Entre los aspectos peculiares de la denominada *Judicial Review of Legislation*, se señala su carácter difuso del control de constitucionalidad, es decir, la circunstancia de que cada juez está habilitado para controlar la conformidad de las leyes con la Constitución en el ejercicio de su actividad ordinaria de juzgar; el Tribunal Supremo no posee verdaderamente el monopolio de la *Judicial Review*, sino que lo ejerce como órgano en la cima del sistema judicial de los Estados Unidos.

La Constitución concede de manera taxativa a la *Supreme Court*

la llamada jurisdicción originaria (que, por otra parte, con base en las leyes federales, también puede ser no exclusiva): o sea, ésta juzga, en primer y único grado, una serie circunscripta de casos relativos a embajadores, cónsules y otros representantes diplomáticos, además de las controversias en las cuales un Estado sea parte. En otros casos, se pronuncia sobre los recursos que provienen de los tribunales de distrito y de los tribunales de circuito con tres procedimientos alternativos: en vía de apelación, mediante el *writ of certiorari* o, finalmente, mediante *certification of questions*.

Además, puede acudirse a la *Supreme Court* con *writ* contra las sentencias de los más altos tribunales estatales que hayan objetado la constitucionalidad de leyes federales, o bien que hayan declarado la constitucionalidad de leyes estatales consideradas contrarias a la Constitución Federal, a leyes federales o a tratados.

Cualquiera que sea el procedimiento seguido, la eficacia de las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo está, en principio, limitada a las partes del proceso; sin embargo, el sistema del precedente determina que los tribunales inferiores deban considerarse vinculados a los pronunciamientos de los jueces superiores, por lo que el acto legislativo declarado inconstitucional pierde totalmente su propia eficacia.

4. El *Verfassungsgerichtshof* austríaco

En el ordenamiento federal austríaco, las competencias están repartidas entre el *Bund* y los *Länder*, con una peculiar asignación de funciones legislativas y ejecutivas.

El sistema de justicia constitucional austríaco se inicia allá por 1920, teniendo como finalidad el aseguramiento del respeto de la Constitución Federal y de las competencias asignadas al *Bund* y a los *Länder*, instituyéndose un Tribunal Constitucional Federal (*Verfassungsgerichtshof*) formado por dieciséis (16) miembros, elegidos de por vida, cuya integración se determina del siguiente modo: la mitad por la Cámara Representativa de la Población (el Consejo Nacional), y la otra mitad por la Cámara Representativa de las Autonomías (el Consejo Federal). La composición del Tribunal Constitucional se hizo de este modo para

garantizar su índole neutral, permitiendo que se cumpliera la primera condición requerida por la teoría kelseniana: la independencia y la tercería, características de la jurisdicción. Se define también un perfil de magistrados, con la pretensión de asegurar que los tribunales constitucionales estén formados por personas con una experiencia profesional relativamente larga, esto es, quince (15) años de ejercicio profesional.

Al *Verfassungsgerichtshof* le compete juzgar la constitucionalidad de las leyes, pero también de los reglamentos, ya que la competencia de los entes descentralizados podría ser vulnerada también por este tipo de actos; le incumbe, además, tomar conocimiento de los recursos individuales por violación de los derechos constitucionalmente garantizados, lesionados por actos adoptados en directa violación de la Constitución.

Legitimados para interponer recursos están, respectivamente, el gobierno federal y cada gobierno de los *Länder* sin que haga falta demostrar la existencia de un verdadero y propio interés: de tal modo el acceso al Tribunal goza de una notable amplitud debido al perfil de las disposiciones impugnables; además, para establecer el remedio procesal no se establece ningún límite temporal. El mismo Tribunal puede elevar de oficio un incidente de constitucionalidad, en caso de que se encontrara con leyes que constituyeran el presupuesto de su principal pronunciamiento.

5. La Corte Costituzionale italiana

Hasta 1956, el control de constitucionalidad lo realizaba el Tribunal de Casación, consagrando la Asamblea Constituyente italiana ese año la constitución de un órgano ad hoc: la *Corte Costituzionale*.

Acerca de la estructura de la Corte Constitucional, ésta tiene un perfil marcadamente político, dos tercios lo conforman entre el Parlamento (en este caso se designan por mayoría de dos tercios en las dos primeras vueltas y de tres quintos en la siguiente) y el presidente de la República y el tercio restante es elegido por las Supremas Magistraturas Ordinaria y Administrativa, hasta un total de quince (15) jueces.

La duración en el cargo de cada juez –reducida a nueve (9) años respecto de los doce (12) iniciales– y la prohibición de reelección contribuyen a asegurar la autonomía, juntamente con las garantías del órgano y de sus componentes y con los requisitos técnico-profesionales previstos, con más una antigüedad de veinte (20) años de ejercicio profesional.

En cuanto a las funciones asignadas a la *Corte Costituzionale*, está previsto que juzgue las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley del Estado y de las regiones. Además, entiende en los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, y aquellos que se producen entre el Estado y las regiones y entre las regiones, y las acusaciones promovidas contra el presidente de la República.

En lo que respecta a la accesibilidad a dicha Corte, el ordenamiento italiano configura un sistema que puede ser considerado mixto desde varias perspectivas: en efecto, no sólo une difusión y concentración, sino que además contempla la hipótesis de acceso directo y, finalmente, hasta la revisión constitucional de 2001, preveía también el control preventivo.

El modo de acceso que predominantemente permanece, de todas formas, es el control incidental, mediante el cual cualquier juez ordinario o administrativo, tan sólo con la duda de que una ley que él debe aplicar en un caso concreto sea inconstitucional, puede y debe suspender el proceso e interponer la cuestión ante la *Corte Costituzionale*.

6. El *Bundesverfassungsgericht* alemán

El Superior Tribunal Constitucional de Alemania se encuentra consagrado en la Sección IX de la Ley Fundamental alemana, donde aborda el Poder Judicial en su conjunto. Su naturaleza jurídica se encuentra dentro del Poder Judicial, considerándose al mismo como una auténtica jurisdicción que se halla en la cumbre de la pirámide judicial, incluso aunque no domine jerárquicamente los tribunales constitucionales de los *länders*, los cuales son autónomos.

El Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) se compone de dieciséis (16) jueces, ocho (8) de los cuales son elegidos

por el *Bundestag*, los otros ocho (8) por el *Bundesrat*; al menos tres (3) de los ocho (8) asignados a cada sección deben ser elegidos entre los magistrados de los tribunales federales superiores. La separación del poder político está asegurada por la larga duración en el cargo –doce (12) años– por la prohibición de la reelección y por las incompatibilidades con cargos parlamentarios y gubernativos. En Alemania, la Ley Fundamental obliga a la mayoría gubernamental y a la oposición a encontrar vías de entendimiento a la hora de elegir los miembros del Tribunal Constitucional, pues la mayoría parlamentaria exigida para el nombramiento de éstos es la de dos tercios. De esta forma, los cargos a elegir de jueces, y entre ellos los del presidente y vicepresidente, se reparten, de un modo paritario, entre las dos principales fuerzas políticas. Para ser magistrado del Tribunal Constitucional en Alemania se exige como requisito contar al menos con cuarenta años de edad.

Como en Italia, el control de constitucionalidad de las leyes es de dos tipos. El primero al que es necesario hacer referencia es el control denominado “concreto”: tiene por objeto una norma históricamente determinada por un juez en el curso de un litigio, en el cual están en discusión los intereses de varios sujetos, y versa sobre la interpretación de la Ley Fundamental como consecuencia de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otros interesados, a los cuales la misma *Grundgesetz* o el reglamento interno de un órgano federal supremo había otorgado derechos propios.

Cada vez que un tribunal considere inconstitucional una ley, de cuya validez depende el fallo, el proceso debe suspenderse y la cuestión de constitucionalidad remitida al Tribunal Constitucional de *Land*, si se trata de la violación de la Constitución de un *Land*, o, si se considera violada la *Grundgesetz*, al Tribunal Constitucional Federal. En sede del control concreto el juez debe tener la convicción –no ya la mera duda– de que la ley es inconstitucional.

7. El Tribunal Constitucional español

El sistema de justicia constitucional español se remonta a la Constitución de 1978, y está regulado en el Título IX de la Carta Magna de España, mientras que el Título VI legisla sobre el Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional está compuesto de tal manera que asegura una equilibrada presencia de miembros de nombramiento parlamentario, gubernativo y judicial. La conformación de dicho cuerpo tribunalicio es de doce (12) integrantes, todos formalmente nombrados por el rey, cuatro (4) lo son de hecho a propuesta de la Cámara baja –el Congreso–, cuatro a propuesta del Senado, en ambas Cámaras por mayoría de tres quintos; dos (2) miembros son nombrados por el gobierno, y dos (2) son designados por el Consejo General del Poder Judicial (art. 159.1). En comparación con el modelo italiano, hay, por lo tanto, un mayor desequilibrio a favor del binomio mayoría parlamentaria-Ejecutivo, en perjuicio de la Magistratura.

La calificación técnica está asegurada por los requisitos exigidos para el nombramiento: las categorías profesionales entre las cuales se eligen los jueces constitucionales son las de magistrados, profesores, universitarios, funcionarios públicos y abogados con al menos quince (15) años de ejercicio profesional (art. 159.2). Una ulterior garantía de independencia del poder político está determinada –además de las incompatibilidades indicadas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional– por la larga duración del mandato y por la prohibición de reelección para el mandato inmediatamente sucesivo. Organizado en salas y secciones, además de en sesión plenaria, el Tribunal Constitucional está presidido por un juez constitucional nombrado por el rey a propuesta del mismo Tribunal, para un mandato de tres (3) años renovable una sola vez.

Al Tribunal Constitucional le compete juzgar sobre la inconstitucionalidad de leyes y disposiciones con fuerza de ley en tres modalidades diferentes. La primera está representada por el acceso en vía incidental: como en Italia y en Alemania, se da cuando un órgano judicial considera, durante el curso de un proceso, que una norma con fuerza de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución. La segunda está constituida por el recurso directo presentado por el presidente del Gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta (50) diputados o cincuenta (50) senadores, o por los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, al Tribunal Constitucional puede acudir a través del recurso de amparo, mediante el cual toda persona física o jurídica que

invoque la lesión de una situación jurídica protegida, además del defensor del pueblo y el Ministerio Fiscal, puede denunciar la violación de los derechos y libertades enunciados en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II de la Constitución (el art. 14 establece el principio de igualdad; la Sección Primera del Capítulo II se titula *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*).

Cabe consignar la caracterización de deferente respecto del Tribunal Constitucional español, que formula el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, el profesor Juan Antonio Lascuráin Sánchez, que tras un análisis de casos de dicho Tribunal, de los cuales veinticinco (25) consideró ajustados a derecho, doce (12) donde sostuvo que eran total o parcialmente inconstitucionales, haciendo en tres (3) de ellos sentencias interpretativas, nueve (9) donde dijo que eran inconstitucionales, de los cuales tres (3) fueron derogados –no había reproche al Poder Legislativo–, en otros tres (3) adujo falta de rango de ley y en otros tres (3) declaró verdaderamente la inconstitucionalidad⁵.

8. El *Conseil Constitutionnel* francés

El instituto del Consejo Constitucional se encuentra consagrado por la Constitución de Francia de 1958, que diera origen a la V República, en el Título VII, correspondiendo el Título VIII a la autoridad judicial.

Los constituyentes franceses decidieron transitar el camino del control incidental, que adoptaran tiempo antes italianos y alemanes federales.

El modelo galo tiene como característica que son las autoridades políticas (jefe de Estado, Cámaras alta y baja) las encargadas de la integración del Tribunal Constitucional.

Así, el *Conseil Constitutionnel*, según lo establecido por el artículo 56 de la Constitución, se integra por nueve (9) miembros, cuyo mandato no renovable es de nueve (9) años y, por lo tanto, más largo que cualquier otro desempeñado por órganos constitucionales. Este hecho, por sí solo, asegura una parcial independencia del órgano, mayor y diversa que anteriormente en la IV República.

⁵ Clase brindada por el profesor doctor Juan Antonio Lascuráin Sánchez (UAM) en el XXXIV Curso de especialización en Derecho: “Teoría jurídica del delito: ¿garantía versus eficacia?”, Universidad de Salamanca, España, 2014.

La designación de los miembros es marcadamente política. En efecto, tres (3) de sus componentes son nombrados por el presidente de la República, tres (3) por el presidente de la Asamblea Nacional y tres (3) por el presidente del Senado. A ellos se añaden los exmandatarios de la República; respecto a éstos la doctrina de modo unánime advierte sobre la necesidad de revisar la Constitución en este punto, circunscribiendo la composición del *Conseil* sólo a los miembros electos.

El Máximo Tribunal Constitucional tiene como característica principal su naturaleza preventiva del control, con una marcada jurisdiccionalización.

Al *Conseil Constitutionnel* la Constitución le encomienda el contralor de las elecciones presidenciales y del referéndum, como también en cuanto a las decisiones en materia electoral parlamentaria, tanto de diputados como de senadores, y sumado a ello la función consultiva en lo que respecta a poderes excepcionales por parte del presidente de la República.

Sobre lo que interesa en este trabajo, el *Conseil Constitutionnel* lleva a cabo el control preventivo obligatorio de las leyes orgánicas y los reglamentos parlamentarios y facultativo de las leyes y tratados. A partir de 1974, con una reforma sustancial, este órgano pasó de ser un mero controlador de las esferas de competencia delineadas en el texto de 1958 al *Conseil Constitutionnel* para transformarse en juez pleno de la constitucionalidad de las leyes, también con relación a la violación de los derechos y de las libertades.

9. El modelo de México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha convertido en el tribunal que resuelve asuntos constitucionales, con lo cual, materialmente y en la práctica, funciona como Tribunal Constitucional. Pero, a la vez, no ha dejado de ser el máximo tribunal y tiene también funciones de carácter administrativo y judicial ordinario. Se encuentra instituido por el artículo 105 de la Constitución Nacional, dándole al máximo tribunal del país la atribución de conocer en exclusiva de las acciones sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

La Suprema Corte de Justicia se encuentra integrada por once ministros y permanecen en el cargo durante quince años.

Para su designación el presidente de la República envía una terna a consideración del Senado, el cual designa al ministro que debe cubrir la vacante. La designación se realiza por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado.

La Corte entiende en cuestiones constitucionales entre distintos órganos públicos, las cuales le son sometidas por los órganos intervinientes.

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, éstas pueden ser interpuestas por la Legislatura (federal o estatal), por el procurador general de la República, por los partidos políticos o por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

En cuanto a los efectos de las sentencias, éstas tendrán efectos generales o *erga omnes* cuando sean acordadas por al menos ocho votos de los integrantes del pleno.

10. El caso de Colombia

La Corte Constitucional de la República de Colombia es establecida en su Constitución Nacional en los artículos 239 a 245. A su vez, se encuentra regulada por la ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia (arts. 43 a 49).

Actualmente se encuentra compuesta por nueve magistrados, que deben contar con título de abogado y permanecen ocho años en sus cargos.

Son elegidos por el Senado de la República de ternas que presentan: tres el presidente de la República, tres la Corte Suprema de Justicia y tres el Consejo de Estado.

En cuanto a la legitimación procesal para acceder a esta instancia, dependerá del proceso que se haya articulado. Así, en Colombia cualquier ciudadano puede ejercer una acción pública de inconstitucionalidad e intervenir como impugnador de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

También cuentan con objeciones de inconstitucionalidad a proyectos

de leyes. Corresponde también a la Corte el control previo de constitucionalidad sobre tratados internacionales.

En cuanto a los efectos de las sentencias dictadas como resultado del examen de las normas legales –sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad–, éstos son *erga omnes* en su parte resolutive (art. 48 de la ley 270).

11. Control de constitucionalidad en la República Argentina

La República Argentina tiene un “sistema concurrente” o “complejo” de control de constitucionalidad. El Poder Judicial, el Congreso, el Poder Ejecutivo y aun otros órganos ajenos a la tríada clásica se encargan de velar por el fiel cumplimiento de la Constitución.

Esta metodología de control se repite simétricamente en el ámbito federal y en las distintas provincias que componen el Estado argentino.

El actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Juan Carlos Maqueda⁶ sostiene que si bien el alto tribunal argentino es intérprete último de la Constitución Nacional y del Derecho en los casos concretos, el texto constitucional, su interpretación y acatamiento no es patrimonio exclusivo del Poder Judicial, precisamente cuando se trata de adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional al mandato constituyente.

Destacaba el fallecido ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Enrique S. Petracchi que el sistema federal de la Argentina fue tomado de la Constitución de los Estados Unidos, y sus leyes de organización también provienen del ordenamiento norteamericano; la eficacia del control constitucional que deben ejercer los tribunales federales tanto para la tutela de los derechos básicos como para resguardar el orden de competencias nacionales y locales se resintió por el escaso desarrollo de los medios jurisdiccionales aptos como vehículo de control constitucional⁷.

⁶ MAQUEDA, J. C., cit. por GUADAGNOLI, R. S., *Análisis del sistema de control constitucional argentino*, www.infojus.gov.ar, Id Infojus: DACF130342, 15-11-2013.

⁷ PETRACCHI, E. S., “Control judicial en la Argentina, en *La Ley* 1987-E-709.

Jorge Reinaldo Vanossi⁸ enumera las distintas vías existentes en el ordenamiento argentino (sean legales o jurisprudenciales) por las que se puede llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ellas están previstas para preservar el goce y vigencia de los derechos subjetivos y se dirigen a atacar normas y actos estatales que se estimen contrarios al supremo orden constitucional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también puede intervenir –por la vía del recurso extraordinario– en los supuestos de hábeas corpus y de amparo. El control constitucional que ejerce por medio del hábeas corpus tiene por fin la tutela de la libertad personal, removiendo los obstáculos que la restringen ilegítimamente, en forma contraria a la Constitución (cfr. art. 18, que establece: “...Nadie puede ser [...] arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...”)

12. Conclusiones

Debemos tener presente la distinción clásica entre los dos sistemas de control judicial de constitucionalidad de las leyes que formulara el jurista italiano Mauro Cappelletti⁹, esto es, el sistema “difuso” o “americano” o “norteamericano”, en el que, como hemos apreciado, abrevia nuestro país, y el sistema “concentrado”, también llamado “austriaco”, debido al prototipo previsto por la Constitución austríaca de 1920, sistema en el cual el poder se concentra en un único órgano judicial que tiene la posibilidad de declarar la invalidez de la norma con efectos generales.

Ante la ausencia de este mecanismo de precedente obligatorio se diseñó en Austria el modelo de control constitucional de las leyes bajo un órgano judicial único, seguido por muchos países europeos, ideado expresamente para realizar el control normativo (*normenkontrolle*), y

⁸ VANOSSI, J. R., “La sentencia arbitraria: un acto de lesión constitucional”, en *Temas de casación y recursos extraordinarios en honor al doctor Augusto Mario Morello*, Librena (Platense), La Plata, 1982, ps. 179 y ss., y 207, y en *Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad*, Universidad, Buenos Aires, p. 187.

⁹ CAPPELLETTI, M., “Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato”, en *Studi di Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano, 1968, vol. I.

se fueron otorgando otras funciones de garantía constitucional: composición de conflictos entre órganos del Estado, juicio a altos funcionarios, examen de constitucionalidad de partidos políticos, etcétera; también se prefirió que los jueces no sean preferentemente “de carrera judicial”, nombrados con procedimientos especiales por los órganos supremos: el Legislativo y el Judicial.

En clave de crítica con esta posición sostiene Tusseau¹⁰ que “algunos autores proponen hacer frente a los inconvenientes que se derivan de la oposición entre los dos modelos antagónicos de jurisdicción constitucional –modelo americano versus modelo europeo–, añadiéndose otros modelos o reformulando la propia oposición entre dichos modelos”.

Propone Tusseau concebir otro modelo diferente de jurisdicción constitucional caracterizado, esta vez, por la especialización de una sala del Tribunal Supremo en el Derecho Procesal Constitucional. Este modelo –especialmente presente en el continente africano– se trata de un sistema original, imposible de encontrar en ningún otro lugar.

También en clave de crítica Lucio Pegoraro¹¹ sostiene que los sistemas legales de las mutaciones se deben principalmente a los casos de imitación, esto es, la recepción de modelos legales de otro lugar, siendo un raro fenómeno el nacimiento de un modelo original.

Con lo hasta aquí reflejado queda en evidencia la adscripción de quien escribe a la posición doctrinaria sustentada por Mauro Cappelletti, considerando que su posición ideológica es la que mejor se adapta a las conclusiones que aquí se formulan, ello sin desconocer los aportes y las valoraciones críticas que contra dicha posición formulan los juristas Guillaume Tusseau y Lucio Pegoraro, y que fueran enunciadas precedentemente.

Ya finalizando cabe una última consideración con relación al control de constitucionalidad en la República Argentina.

Se torna necesario ir mutando de un sistema rígido hacia un sistema híbrido que incorpore aspectos del control concentrado para encontrar soluciones frente a las dificultades expuestas. Puede considerarse con-

¹⁰ TUSSEAU, op. cit., p. 83.

¹¹ PEGORARO, op. cit., p. 71.

veniente a tal fin seguir la evolución de otros países de América Latina, que con tradiciones y culturas semejantes a la nuestra han adoptado un sistema de control de constitucionalidad mixto o integrado, donde coexisten el control difuso y el control concentrado.

Ahora bien, observando el Derecho Comparado puede apreciarse que el control concentrado puede ser ejercido por el tribunal de mayor jerarquía dentro del Poder Judicial (en el caso argentino es la Corte Suprema de Justicia de la Nación), o bien por otro órgano creado a tal efecto, conformando así un tipo de Poder Judicial bicéfalo, con dos cabezas: la Corte o tribunal supremo y el Tribunal Constitucional.

Este Tribunal Constitucional cuya creación se propone coexistiría con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diferenciándose claramente la competencia de cada uno de estos órganos.

La materia en la que entendería el Tribunal Constitucional estaría dada por los conflictos que presenten leyes o normas de carácter general con la Constitución.

Proponiendo entonces un sistema mixto, los tribunales ordinarios continuarían ejerciendo el control de constitucionalidad de las normas aplicables en los casos en los que entienden, siendo la Corte Suprema de Justicia el último intérprete y guardián de la Constitución, principalmente a través de la vía del recurso extraordinario federal. Ahora bien, sabemos que la Corte Suprema sólo puede intervenir cuando exista un “caso, causa o controversia”, ya que no se admiten declaraciones en abstracto.

Por ello, lo propiciado entonces es la procedencia de una acción de inconstitucionalidad que pueda interponerse en forma directa ante el Tribunal Constitucional, para analizar en abstracto la validez de una norma reputada inconstitucional.

A través de esta acción directa de inconstitucionalidad llegaría a conocimiento del Tribunal Constitucional toda cuestión en la que deba resolverse si una ley contraria a la Constitución lesiona alguna cláusula de la misma.

También deben resolverse otras cuestiones, como por ejemplo, lo relacionado con la legitimación para interponer esa acción directa de inconstitucionalidad, entendiendo que una legitimación amplia permitiría a cualquier ciudadano plantear ante el Tribunal Constitucional

cualquier conculcación de derechos que generaría una norma de alcance general que colisiona con la letra de la Constitución.

Como consecuencia de lo expuesto, se trataría de un control abstracto de constitucionalidad, pues para su fundamentación bastaría con alegar y justificar la oposición y divergencia entre la norma infraconstitucional y la Constitución, sin necesidad de invocar ningún acto de aplicación de la norma impugnada, ni, por tanto, ningún agravio o perjuicio concreto, derivado de aquella aplicación.

Las características con las que se ha delineado el funcionamiento de este Tribunal Constitucional llevan a concluir que los efectos de sus sentencias deberán tener alcances *erga omnes*, en la convicción de que de ese modo se reducirían los problemas de inseguridad jurídica.

Por ello, habría que avanzar hacia un sistema que implemente un control concentrado y preventivo para determinadas cuestiones, con la posibilidad de tomar decisiones con efectos *erga omnes* e *inter partes*.

Sin perjuicio del control “preventivo”, también es necesario que ya en un caso concreto se pueda constatar la conformidad con la Constitución Nacional, cabiendo aquí considerar la conveniencia de que éste se efectúe a través de todos los magistrados o mediante un procedimiento que provoque otra intervención del Tribunal Constitucional.

La última respuesta parece ser la acertada, ya que con ello se impediría una suerte de doble control de constitucionalidad para el resguardo de las normas ubicadas en el vértice de la pirámide jurídica.

A modo de cierre cabe replicar un fragmento de la conferencia que brindara el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni¹²: “el control centralizado es el que realiza únicamente el Tribunal Constitucional que le hace perder vigencia a una ley. Esto creo que mejoraría notoriamente el sistema de constitucionalidad, daría mucha más seguridad jurídica y al mismo tiempo sería posible distinguir nítidamente esta función de control de constitucionalidad de la función de un Tribunal Supremo de Casación que se ocuparía de hacer doctrina, de unificar jurisprudencia, de unificar la interpretación de la ley. Creo que por ese camino podríamos superar institucionalmente una cantidad de dificultades”.

¹² ZAFFARONI, E. R., “Justicia y derechos humanos”, Conferencia dada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata.

13. Bibliografía

- BIANCHI, Alberto B., “Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales”, Buenos Aires, Depalma.
- BIDART CAMPOS, Germán, “El Derecho Constitucional del poder”, Buenos Aires, Ediar, 1967, ts. I y II.
- “La interpretación y el control constitucional de la jurisdicción constitucional”, Buenos Aires, Ediar, 1987.
- BIDEGAIN, Carlos M., “Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, t. I.
- CAPPELLETTI, Mauro, “Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato”, en *Studi di Diritto Comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, vol. I.
- CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, 5ª ed., Buenos Aires, Hammurabi.
- Constitución española, <http://www.derechoshumanos.net/constitucion/index.htm?gclid=CPaUo5jju70CFewDOgodwWQA9A>.
- Constitución Nacional de la República Argentina, en *La Ley* (núm. 2), 2012.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1503>.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, Madrid, Dykinson, 1991, p. 160.
- GARCÍA CHRISTENSEN, Verónica, “Control judicial de constitucionalidad de oficio. Un nuevo paradigma”.
- KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 3 (núm. 10), julio-diciembre de 2008, ps. 3-46.
- MAQUEDA, Juan Carlos, cit. por GUADAGNOLI, Romina Soledad, *Análisis del sistema de control constitucional argentino*, www.infojus.gov.ar. Id Infojus: DACF130342, 15-11-2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional: del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional”, en *Ius et Praxis*, vol. 8 (núm. 1), 2002 (citado el 4-11-2007), ps. 337-370; http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100019&lng=es&nrm=iso.

- PEGORARO, Lucio, “Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi”, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015.
- “La justicia constitucional. Una perspectiva comparada”, Madrid, Dykinson, 2004.
- PIZZORUSSO, Alessandro, “La justicia constitucional en Italia. Teoría y realidad constitucional” (núm. 4), 1999, ps. 151-178; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=83297>.
- SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Procesal Constitucional y jurisdicción constitucional, en La Ley 1981-C-865.
- “Derecho Procesal y Constitucional. Recurso extraordinario”, Buenos Aires, Astrea, 1989, t. 2.
- “Reforma judicial y reforma constitucional”, en El Derecho, t. 114.
- SANTANA HERRERA, María Soledad, “El Derecho Comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, http://www.ugr.es/~redce/REDCE14pdf/10_SANTANA.pdf.
- SERRA, María Mercedes, “Procesos y recursos constitucionales”, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- TORICELLI, Maximiliano, “El sistema de control constitucional argentino”, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002.
- TUSSEAU, Guillaume, “Para acabar con los ‘modelos’ de jurisdicción constitucional, un ensayo de crítica”, México, Porrúa, 2011.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, “El poder constitucional de los jueces, con particular referencia al control de constitucionalidad”, en La Ley 1977-D-1019.
- “En torno a la doble vía de control judicial de constitucionalidad”, en El Derecho 84-605.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Justicia y derechos humanos”, La Plata, Conferencia dada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

por IGNACIO ANDRÉS ARROYO, MIGUEL LADISLAO
COLQUICOCHA, MARÍA GABRIELA CRESPI,
JULIETA MONTEVERDE, VICTORIA VIGO
y EVELYN ANAHÍ ZELAYA,
coordinado por SEBASTIÁN MIGUEL ZAMPA*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La responsabilidad social empresaria. 2.1. Antecedentes. 2.2. Conceptualización. 3. Las empresas transnacionales y su responsabilidad actual. 4. La responsabilidad social empresaria y el Derecho Internacional de las Inversiones. 4.1. Surgimiento del Derecho Internacional de las Inversiones. 4.2. Ausencia de regulación expresa en los Acuerdos Internacionales de Inversión. 4.3. La paulatina incorporación de principios relacionados a la responsabilidad social empresaria en los Acuerdos Internacionales de Inversión. 4.4. Nueva dirección en la tendencia jurisprudencial del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). 5. Conclusión. Bibliografía consultada.

Resumen

La responsabilidad social empresaria ha emergido en los últimos años como parte de una nueva concepción de empresa, más humana y dotada de sentido ético y moral. Sin embargo, se presentan nuevos desafíos para su coronación como paradigma imperante en el ámbito

* Abogados, entrenadores del equipo de la UNR Derecho para las Competencias Internacionales de Arbitraje de Inversiones, Campeones en la IV Competencia Internacional de Arbitraje de Inversiones (Bogotá, 2017).

de las empresas transnacionales. Frente a estos desafíos, el Derecho de las Inversiones juega un papel de suma importancia, recalcándose la novedosa jurisprudencia del CIADI.

Abstract

Corporate social responsibility has emerged recently as part of a new concept, endowed of ethical and moral sense. However, new challenges must be faced before its coronation as a dominant paradigm in the field of transnational corporations. Taking into account this challenges, Investment Law plays an extremely important role, especially the innovative jurisprudence of the ICSID's tribunals.

Palabras clave

Responsabilidad social empresarial. Empresas transnacionales. CIADI.

Keywords

Corporate social responsibility. Transnational companies. ICSID.

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la progresiva transformación de la concepción clásica de una de las instituciones más trascendentales de nuestra era: la empresa.

Aquella empresa que nació en el siglo XV con el objeto de comerciar especias a través de ultramar y realizar periplos interminables para obtener la seda hoy se ha convertido en una entidad gigantesca cuyo poder de imposición suele compararse –a veces superar– al del Estado, antiguo Leviatán, hoy muchas veces desplazado por aquélla.

Con su poder, la empresa de rango transnacional puede torcer la historia de pueblos y Estados enteros. Lo mismo puede decirse de su capacidad transformadora del ambiente circundante. Piénsese, sin ir más lejos, en el paradigmático caso del Riachuelo, en nuestro país. O, a nivel internacional, en la afectación de la capa de ozono y el calentamiento global.

La sociedad no ha permanecido impávida ante esta realidad y así

comenzó, hace tiempo, a elaborar sus propias soluciones alternas, movida por los daños paradigmáticos que afectaron gravemente el medio ambiente y otros bienes sociales de incalculable valor.

De esta manera, fue delineando los contornos cada vez más precisos de la responsabilidad social empresaria (RSE). Concepto y desarrollo que nació desde las bases. No desde las empresas. No desde el Estado. Y que es la expresión de una voluntad social de cambio.

Ergo, la RSE se presenta como una alternativa de evolución generada por una sociedad cada vez más sensibilizada, que poco a poco comienza a enriquecer aquellos clásicos conceptos empresariales de “eficacia y eficiencia”, resignificándolos con nuevos contenidos éticos y hasta morales.

Cabe preguntarse: ¿Qué tipo de empresa comienza a ser deseable? ¿Cuál es la producción de bienes y servicios que la sociedad quiere? ¿Cuáles son las herramientas para instalar la RSE como modo superador de conducción ética de la organización empresaria?

Éstos y otros interrogantes comienzan a ser tema de discusión en los campos de generación y desarrollo del conocimiento, irradiándose a ámbitos de los más variados, instalando gradualmente una visión en el imaginario social del nuevo *deber ser* de una empresa.

Este trabajo se integra en esa discusión.

2. La responsabilidad social empresaria

2.1. Antecedentes

A finales del siglo XIX, en pleno auge del capitalismo y la expansión socioeconómica inducida por la Segunda Revolución Industrial, el único objetivo empresarial había sido aumentar la productividad y los beneficios económicos. Sin embargo, ya para ese entonces algunos empresarios industriales en Europa y en los EE. UU. se preocuparon por la vivienda, el bienestar y la caridad hacia sus empleados. Al mismo tiempo, comienzan a aparecer agrupaciones que consideraban poco ético lucrar con productos perjudiciales para la sociedad, como tabaco, alcohol, etcétera.

En el siglo XX, con el desarrollo del Estado de Bienestar, el sen-

timiento filantrópico se volcó en relaciones formales integrales dentro de las instituciones; las empresas debían tomar en cuenta las consecuencias sociales de sus decisiones con la idea de que las mismas, por el solo hecho de utilizar los recursos de la sociedad, tenían la obligación de usarlos de manera ética, velando, a su vez, por el bienestar social.

En este sentido, el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año 1945 y la posterior evolución en la defensa y protección de los derechos humanos coadyuvaron a ampliar y afianzar la conciencia social. Años más tarde, en las décadas 50 y 60, en los EE. UU. el activismo social cumplió un rol fundamental, que motivó una mayor reglamentación gubernamental en diversas áreas. En ese tiempo aparecen los movimientos sociales, cambios en las exigencias de los consumidores, surge la responsabilidad social, así como el modelo empresarial y el balance social.

En lo que se refiere a Latinoamérica, las primeras manifestaciones del movimiento de responsabilidad social se presentaron en la década de los sesenta. Paradigmática es la aparición, en el año 1965, de la Asociación de Reguladores Cristianos de las Compañías del Brasil¹. Asimismo, la década del 80 “...se caracterizó por una mayor conciencia de la globalización económica y por campañas intensas de movimientos ambientalistas y ecologistas”².

La concientización social se fue afianzando a lo largo de los años a raíz de la presencia de problemas tanto sociales como ambientales, como por ejemplo, el calentamiento global de la atmósfera, el agotamiento de la capa de ozono, la contaminación del agua, el aire y el suelo³, y el incremento del desempleo, de la exclusión y marginalidad social, la discriminación por concepto de género o raza, la pobreza y el analfabetismo⁴.

¹ Conf. MACHUCA MAZA, A. R., “Evolución de la responsabilidad social en el mundo y en Latinoamérica”, disponible en Perú21, <http://blogs.peru21.pe/tumismoes/2013/04/evolucion-de-la-responsabilida.html>, 23-8-2017.

² *Íd.*, p. 1.

³ Conf. GARCÍA, A. A., “Responsabilidad social empresarial. Su contribución al medio ambiente”, en *Revista Futuros*, vol. 5, núm. 17, México, 2007.

⁴ *Íd.*, p. 1.

A nivel mundial, los hechos que significaron importantes iniciativas y sentaron las bases para influir en una mayor conciencia social, con el fin de potenciar el compromiso de las empresas hacia la sociedad, fueron los siguientes: la Conferencia de Estocolmo en 1972, el Protocolo de Kyoto en 1997, la creación de grupos civiles, como la Amnistía Internacional y Greenpeace, como así también iniciativas empresariales, como las Normas AA1000 o el Pacto Mundial de Naciones Unidas, entre otros, siendo este último uno de los más trascendentes.

En este orden de ideas, tanto los acontecimientos mencionados anteriormente como las organizaciones promotoras y los principios y los valores propios de muchos de los empresarios contribuyeron al surgimiento de la RSE en América Latina y el Caribe.

Así, en el año 1997, un grupo de más de un centenar de empresarios y líderes civiles representantes de diferentes regiones de las Américas se reunieron en un Congreso pionero en Miami, donde se lanzó la idea de una alianza hemisférica de organizaciones empresariales de RSE y otras instituciones (ONG, universidades e instituciones públicas), consiguiendo así la creación de Forum Empresa⁵.

Pero, sin dudas, las instituciones que mayormente ayudaron al desarrollo de la RSE fueron las organizaciones sin fines de lucro. Entre las más importantes en nuestra región podemos mencionar la conocida como ETHOS, con sede en Brasil, cuyo origen data desde 1998; en la República Argentina, el Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sustentable (CEADS), fundado en 1992, y el Instituto Argentino de Responsabilidad Social Empresaria (IARSE), creado en el año 2002, entre otros.

En suma, a través de esta evolución, se fue delineando el concepto de RSE.

2.2. Conceptualización

Para comprender cabalmente este concepto debemos previamente mencionar que la empresa, es decir, el factor económico que combina los demás factores de la producción (recursos naturales, trabajo, capital y tecnología) para producir bienes y servicios que satisfacen las ne-

⁵ Conf. MACHUCA MAZA, op. cit., p. 2.

cesidades y deseos (individuales y sociales) tiene, en un sistema de producción capitalista, como objetivo fundamental y prioritario “obtener la maximización de sus beneficios o renta monetaria neta, ya que su actividad posee un carácter neutro desde el punto de vista del análisis económico; no tiene otra motivación que el logro de la rentabilidad más elevada”⁶.

Ello, obviamente, no significa que una empresa no pueda pretender otros objetivos más allá del beneficio económico. Es justamente dentro de esta aspiración a nuevos objetivos donde cobra protagonismo la gestión socialmente responsable de la empresa.

Desde las mismas Ciencias Económicas se empezó a percibir que las empresas causan efectos positivos y negativos en su entorno por encima de sus objetivos particulares. A estos efectos se le llamaron externalidades. La empresa, como institución social, provoca cantidad de efectos positivos en las sociedades que mejoran el bienestar de la misma. Sin embargo, también provoca efectos negativos, o también llamados “externalidades negativas”, como ser la contaminación. Estos efectos negativos son los que se intentan limitar mediante el concepto de RSE.

En este sentido, según la Organización Internacional del Trabajo, puede definirse a la RSE como “el reflejo de la manera que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman los principios y los valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter voluntario y que sólo depende de la empresa y se refiere a actividades que se considera que rebasan el mero incumplimiento de la legislación”⁷.

Obsérvese que no se trata de un concepto jurídico sino económico, es decir, se busca incluir dentro de la gestión empresarial a las externalidades causadas a la sociedad y el ambiente. Por lo tanto, no se

⁶ BARRE, R., “Economía Política”, Ariel, Barcelona, 1981, ps. 301/303.

⁷ OIT (Organización Internacional del Trabajo), “La OIT y la responsabilidad social de la empresa”, en *Helpdesk*; disponible en http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_142694/lang-es/index.htm, 27-8-2017.

trata de atribuir responsabilidad jurídica a la empresa, sino de respetar el compromiso moral asumido consistente en promover una producción de calidad, respetuosa de los más altos estándares legales y ambientales, reduciendo las posibilidades de daños.

Siguiendo a Rodríguez, dentro de la responsabilidad empresarial encontramos incluidos los siguientes aspectos: “a) Una adecuada rendición de cuentas de sus acciones a la sociedad; b) transparencia en su gestión, lo que descarta desde el vamos actividades poco claras, como el soborno; c) comportamiento ético adecuado: su responsabilidad social y ambiental así lo impone; d) respeto de los intereses de consumidores y usuarios (que también gozan de jerarquía constitucional –art. 42, CN–); e) respeto al principio de legalidad: se deben cumplir todas las leyes nacionales e internacionales ya que el principio de RSE debe ajustarse a los estándares jurídicos internacionales; f) respeto a los DD. HH., partiendo de la base de que los derechos ambientales son derechos humanos anteriores a la propia Constitución Nacional de 1994”⁸.

Como mencionamos anteriormente, desde la óptica internacional a partir del año 1999 el Pacto Global de la ONU otorgó un lugar de reconocimiento a los DD. HH. dentro de la RSE en la Agenda Política Mundial. Dicho Pacto se inspira en la idea de que la responsabilidad de respetar los derechos humanos no le corresponde sólo a los gobiernos o a los Estados soberanos sino también a las empresas, y constituye una iniciativa global voluntaria, que invita a las mismas a adoptar diez principios universales, relacionados directa o indirectamente con los derechos humanos, entre ellos: 1) Las empresas apoyarán y respetarán la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente dentro de su esfera de influencia; 2) las empresas se comprometerán a no actuar como cómplices de violaciones de los derechos humanos; 3) las empresas apoyarán la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; 4) las empresas promoverán la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; 5) las empresas promoverán la abolición efectiva del trabajo

⁸ RODRÍGUEZ, C. A., “La responsabilidad social empresarial”, en *La Ley Online*, AR/DOC/4026/2014.

infantil; 6) las empresas promoverán la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; 7) las empresas apoyarán el principio de preocupación respecto de los problemas ambientales; 8) las empresas adoptarán iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental; 9) las empresas fomentarán el desarrollo y la difusión de tecnologías ecológicamente racionales, y 10) las empresas trabajarán contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno⁹.

A nivel local, la RSE encuentra sustento en nuestra Carta Magna a través del reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos en el artículo 75, inciso 22 (con jerarquía constitucional y supraconstitucional) y en su artículo 41, el cual vela por la protección del derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano presente y futuro.

En el ámbito legislativo, existe una sola norma nacional específica vigente que contempla el tema, la Ley Nacional 25.877 de Régimen Laboral (Título II, Capítulo IV, arts. 25 y 26), relativa a la obligatoriedad de la elaboración de un balance social.

Como más arriba adelantáramos, el nacimiento de la ONU tuvo una gran influencia en la concientización socioambiental, marcando un hito en materia de derechos humanos. Tal es así que, a sólo tres años de su creación, la Asamblea General de la ONU proclamó un documento fundamental que va a marcar un hito en materia de derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, que con relación al medio ambiente dispone en el inciso 1º del artículo 25 que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”¹⁰.

⁹ Conf. Red Española del Pacto Mundial, “10 Principios”, UN Global Compact-Pacto Mundial-Red Española, disponible en <http://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios/>, 26-8-2017.

¹⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, 25-8-2017.

Consecuentemente con el cuidado de estos derechos, el debate sobre la protección del medio ambiente fue tomando mayor relevancia y en el año 1987 a través del Informe de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo, conocida también como Comisión Brundtland, se definió al *desarrollo sostenible* como “aquel que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias”¹¹. En virtud de ello, se puede afirmar que están presentes tres aspectos: social, económico y ambiental. Este concepto y su correlato con el desarrollo sustentable fueron ganando con el tiempo preeminencia sobre la RSE.

En consecuencia, con el transcurso de los años, la importancia de estos temas ha ido en aumento en diversos foros, como por ejemplo, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992 y la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible en 2002, entre otros.

Desde entonces, las empresas han comenzado a reconocer que los fondos destinados al cuidado ambiental, en lugar de ser un costo, pueden convertirse en una inversión que contribuya a mejorar la imagen de la empresa, la competitividad y la rentabilidad¹². Por ello es que, siguiendo nuevamente a Rodríguez, “a escala mundial, las organizaciones y sus partes interesadas son cada vez más conscientes de la necesidad y los beneficios de un comportamiento socialmente responsable, ya que lograr el objetivo de la responsabilidad social es lograr contribuir al desarrollo sostenible”¹³.

Por lo tanto, actualmente, al momento de medir el desempeño integral de una organización se toma muy en cuenta la relación con la sociedad en la que opera, el impacto que genera su actividad en el medio ambiente y su habilidad y/o capacidad para continuar operando de manera eficaz¹⁴.

Sin ir más lejos, en la República Argentina se ha logrado una trascendencia significativa de la RSE y el desarrollo sustentable. Ac-

¹¹ GARCÍA, op. cit., p. 1.

¹² Conf. BENEDINI, M.^a S., “Contabilidad ambiental y responsabilidad social empresarial”, en *La Ley Online*, AR/DOC/2848/2014, p. 10.

¹³ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 2.

¹⁴ Conf. *id.*

tualmente, nuestro país cuenta con muchas empresas que se fueron sumando y están asumiendo sus compromisos socioambientales, como por ejemplo, Mapfre, que desarrolla programas propios en dicha materia vinculados a la temática, así como también Arcor, Volkswagen Argentina y Banco Galicia, entre otras. Tal es así que a partir del año 2010 se viene publicando el ranking Merco, que en general evalúa la reputación global de las empresas y de los ejecutivos a cargo.

3. Las empresas transnacionales y su responsabilidad actual

De lo anterior se observa que existe una preocupación creciente por problemas como el deterioro medioambiental imputable a las actividades económicas, las prácticas laborales discriminatorias, la violación de los derechos humanos y el subdesarrollo, entre otros.

Con todo, la mirada apunta fundamentalmente a las empresas transnacionales, definidas por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en el año 1986 (caso N° 270/83) como una sociedad “constituida por una sociedad matriz creada de conformidad con la legislación de un país determinado, que se implanta en otros países mediante inversiones directas, sin crear sociedades locales o mediante filiales que se constituyen como sociedades locales, de conformidad con la legislación del país huésped”¹⁵.

El motivo de la desconfianza radica en que el poder económico que detentan frente al Estado receptor de la inversión muchas veces se traduce en la utilización de dicho poder para exigir reducciones o exenciones de impuestos, débiles regulaciones medioambientales, en desigualdad con el trato otorgado a las compañías locales.

Por esta razón, las críticas que suelen efectuarse al arribo de estas inversiones al Estado son múltiples, y pueden resumirse del siguiente modo:

- *En cuanto a la generación de fuentes de trabajo*: una mirada crítica pone el acento en verificar si el inversionista contribuye al crecimiento del empleo, indicándose que el tipo de inversión

¹⁵ OMAL (Observatorio de Multinacionales en América Latina), “Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones”, ed. por Juan Hernández Zubizarreta, Erika González y Pedro Ramiro, Icaria Editorial, 2012; disponible en <http://omal.info/spip.php?rubrique31>, 25-8-2017.

más frecuente es la compra de activos de entidades ya existentes, por lo cual las compañías crecen económicamente, pero no necesariamente en tamaño real. Así, se ha verificado que en países de América Latina o Asia el crecimiento de puestos de trabajo en las nuevas industrias no puede compensar el ritmo de la pérdida de puestos de trabajo en las industrias locales tradicionales¹⁶.

- *La cuestión impositiva*: asimismo, se estima que la inversión se direcciona a aquellos Estados que –para atraerlas– ofrecen exención o reducción impositiva, lo cual permite a la empresa aumentar sus beneficios, provocando considerables pérdidas de ingresos fiscales en el país receptor de la inversión.
- *Impacto en el medio ambiente*: la magnitud de las actividades que emprenden estas empresas puede tener un impacto negativo, sea en la contaminación de las aguas, los suelos y el aire, la alteración o pérdida de flora y fauna, o graves alteraciones paisajísticas¹⁷, afectando la calidad de vida de los habitantes del Estado receptor de la inversión.
- *Beneficios y desventajas que reportan para el Estado receptor de la inversión*: muchos gobiernos identifican la inversión extranjera con prosperidad, presuponen más crecimiento económico, exportaciones, empleo, divisas, rentas, la transferencia de tecnología, etcétera. En contrapartida, el ingreso de empresas multinacionales al mercado interno puede ser contraproducente para las empresas locales que producen los mismos bienes o prestan los mismos servicios, quienes tienen que competir con aquéllas –tal vez– en desigualdad de condiciones, dado que, generalmente, un Estado para atraer inversiones suele prometer beneficios a los potenciales inversionistas que no se ofrecen a las compañías locales.

Frente a este escenario, la RSE exige a la compañía transnacional sujetarse a los mismos compromisos sociales y medioambientales que se le exigirían a cualquier individuo, a los fines de que prime el interés colectivo sobre el individual.

¹⁶ Greenpeace, “Conflictos y medio ambiente. Impacto de las multinacionales”, disponible en <http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/other/hoja-informativa-impactos-de.pdf>, 24-8-2017.

¹⁷ *Íd.*, p. 1.

Podría pensarse que los requerimientos de la RSE se basan en argumentos morales pero que no analizan los beneficios económicos que puedan reportar estas estrategias de gestión¹⁸. Sin embargo, la RSE incide en la rentabilidad financiera dado que las empresas que se sujetan a ella reducen los riesgos derivados de comportamientos socialmente irresponsables –como la posibilidad de recibir multas y sanciones económicas–, muestran una buena calidad en la gestión, mejoran su reputación, resultan más atractivas para los eventuales empleados, es decir, tienen mayor capacidad para atraer y conservar recursos humanos más competentes y potenciales inversionistas¹⁹.

Paradigmático es el caso de los consumidores, que están adquiriendo una marcada tendencia a incorporar consideraciones sociales, medioambientales o de tipo ético en los procesos de selección de productos y marcas. Este fenómeno, conocido como “consumo responsable”, adopta distintas formas: una es el aumento en la demanda de productos naturales o ecológicos; otra es la tendencia a consumir bienes producidos de acuerdo a criterios de RSE, como materias primas obtenidas mediante comercio justo, bajo empleo de recursos no renovables o condiciones laborales dignas, entre otras consideraciones²⁰.

Aunado a lo anterior, desde una perspectiva global, la gestión de acuerdo a estos criterios contribuye al desarrollo sostenible y equilibrado del planeta, desplegando las actividades económicas en armonía con la creciente conciencia social de protección del medio ambiente.

Por otra parte, el Estado también tiene la carga de implementar mecanismos para asegurar la observancia de la RSE. La iniciativa voluntaria de las empresas es necesaria, pero ha de venir respaldada de una política pública adecuada que propicie, fomente y genere este cambio social empresarial. Empero, lamentablemente muchas veces el Estado carece del poder negociador o la voluntad política como para imponer controles y políticas tendientes a la promoción de empresas socialmente responsables en su territorio.

¹⁸ DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., “El porqué de la responsabilidad social corporativa”, en *Boletín Económico de ICE*, núm. 2813, 2004, p. 48.

¹⁹ *Íd.*, p. 49.

²⁰ *Íd.*, p. 50.

Como vemos, la RSE involucra: a los agentes de la sociedad civil, que contribuyen a la formación de la conciencia social; a las compañías, que son frecuentemente propiedad de múltiples inversores diseminados por todo el mundo; y al Estado, que debe regular y controlar la observancia de las pautas de RSE.

Sin embargo, por los problemas ya mencionados que dificultan y diezman la capacidad de control del Estado, resulta manifiesta la necesidad de la intervención de otros entes internacionales capaces de balancear el juego de fuerzas y con ello contribuir al fortalecimiento de la RSE.

4. La responsabilidad social empresaria y el Derecho Internacional de las Inversiones

4.1. Surgimiento del Derecho Internacional de las Inversiones

Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, las empresas comenzaron a cobrar gran importancia a nivel internacional como actores sociales, particularmente aquellas que alcanzaron envergadura y se convirtieron en transnacionales o multinacionales.

La proliferación de estas empresas, que estaban constituidas originariamente en Estados desarrollados, hizo necesario contar con una nueva regulación jurídica que acompañe esta expansión, lo que le dio gran impulso al surgimiento de normas en materia de protección de las inversiones extranjeras.

En este contexto, resulta sumamente importante la consolidación del Derecho Internacional de las Inversiones en la segunda mitad del siglo XX, a partir de la aparición de dos instrumentos jurídicos internacionales que regularon la materia.

Por un lado, se celebró el 18 de marzo de 1965 el Convenio de Washington sobre “Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, que instituyó el CIADI. El CIADI significó la creación de un foro internacional especializado para dirimir estas disputas, reemplazando el carácter político con el que eran abordados los mismos hasta entonces.

Por otra parte, surgieron los llamados Acuerdos Internacionales de

Inversión, conocidos también como Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) o Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). Mediante estos instrumentos, los Estados Parte firmantes se comprometieron a otorgarles recíprocamente a las inversiones de nacionalidad del otro Estado un marco de seguridad jurídica a través de garantías y protecciones dentro del ámbito del Derecho Internacional. De esta manera, quedaba neutralizado el poder normativo del Estado contra las inversiones extranjeras²¹.

En este sentido, resulta menester destacar algunos fragmentos de ambos instrumentos. El Convenio de Washington, en su Preámbulo, destaca “...la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado...”²² Además, en el artículo 42, establece que “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

Por su parte, dentro de los diferentes TBI que ratificó la Argentina, también se pueden extraer fragmentos de gran relevancia. Por ejemplo, el TBI Argentina-EE. UU. (suscripto en 1991, con su entrada en vigencia desde el 20-10-94) en su Preámbulo reconoce que “...el desarrollo de los vínculos económicos y comerciales puede contribuir al bienestar de los trabajadores en las dos Partes y promover el respeto por los derechos laborales internacionalmente reconocidos...”

El Preámbulo del TBI Argentina-Alemania (suscripto en 1991, con su entrada en vigencia desde el 8-11-93) expresa que “...la promoción

²¹ Conf. VICENTE BLANCO, D. J., “Las inversiones españolas en Venezuela y Bolivia, su régimen jurídico en los APPRI y la jurisprudencia del CIADI: ¿Hacia una ‘repolitización’ de las controversias sobre inversiones?”, en ANCOS FRANCO, H. y VICENTE BLANCO, D. J. (eds.), *La promoción de la responsabilidad social en los tratados de inversión. Los casos de Bolivia y Venezuela*, Fundación Carolina, Madrid, 2009, p. 11; disponible en <http://eprints.ucm.es/9680/>, 23-8-2017.

²² Convenio de Washington, disponible en <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>, 23-8-2017.

y protección de esas inversiones mediante un tratado pueden servir a estimular la iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de ambos pueblos”.

Asimismo, el artículo III de este instrumento establece que “El presente Tratado no impedirá que cualquiera de las Partes dicte leyes y regulaciones con respecto a la admisión de inversiones hechas en su territorio por nacionales o sociedades de la otra Parte o con la conducta de las actividades afines, pero tales leyes y regulaciones no menoscabarán la esencia de cualquiera de los derechos enunciados en el presente Tratado”.

En sentido similar, el artículo 2º del TBI Argentina-EE. UU. expresa que cada una de las partes contratantes promoverá las inversiones dentro de su territorio de nacionales o sociedades de la otra parte contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentos.

Disposiciones similares se encuentran en el artículo III del TBI Argentina-España (suscripto en 1991, con su entrada en vigencia desde el 28-9-92) y el artículo 2º del TBI Argentina-Reino Unido (suscripto en 1990, con su entrada en vigencia desde el 19-2-93).

4.2. *Ausencia de regulación expresa en los Acuerdos Internacionales de Inversión*

Del análisis de la normativa que conforma la materia del Derecho de las Inversiones surge que no existe artículo alguno que refiera expresamente a la RSE. Lo más aproximado se relaciona de alguna manera con los extractos recién citados.

De hecho, sólo puede apreciarse vagamente la creencia de los Estados, en algunos preámbulos, de que el fomento y la protección de inversiones extranjeras promueve el bienestar de los trabajadores o bien el del pueblo en general, más allá de que el mismo quedara reducido únicamente a beneficios económicos. Asimismo, se pone de relieve el hecho de que las inversiones deberán cumplimentar con las leyes del Estado receptor.

Así como el caso de la Argentina, la mayoría de los TBI son deficientes en la incorporación de la RSE, y lo mismo puede decirse del

Convenio de Washington. Ello resulta preocupante atento a que es el ámbito propicio para fomentar prácticas empresariales responsables, pues los esfuerzos internos de cada Estado no bastan para afrontar de manera adecuada esta problemática.

Estas deficiencias han dado lugar a numerosas críticas hacia el CIADI y el rol de los TBI como instrumentos generadores de crecimiento y desarrollo económico y social de manera sostenible. Señala la profesora Helena Ancos Franco que “...son numerosas las críticas que han recibido este tipo de acuerdos: A) En primer lugar, la protección de los derechos del inversor extranjero se logra a expensas de objetivos sociales, como la protección del medio ambiente y la salud; b) por otra parte, en ocasiones la interpretación de principios fundamentales del acuerdo (como el trato nacional y la no discriminación) pone en riesgo la implementación estricta de la legislación ambiental o social y desmotiva reformas en el futuro...”²³

En la situación actual predomina un notable desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los inversores extranjeros y los derechos y obligaciones de los gobiernos dentro de los Acuerdos Internacionales de Inversión. Brevemente, podemos identificar numerosas garantías y derechos al inversor extranjero, tales como: 1) el derecho a recibir un tratamiento justo y equitativo; 2) el derecho a no ser discriminado; 3) a no recibir un tratamiento menos favorable que el otorgado a empresas nacionales y otras empresas extranjeras; 4) a ser compensados, imponiendo un gran número de requisitos a los Estados en caso de nacionalización o expropiación; 5) el derecho a transferir libremente los capitales ligados a la inversión; 6) el derecho a la transparencia y la información sobre leyes, regulaciones y decisiones administrativas que puedan afectar las inversiones; 7) el derecho a un foro internacional neutral para recurrir ante la existencia de disputas con el país anfitrión, etcétera.

En resumen, los Acuerdos de Inversión adoptados en el siglo XX²⁴,

²³ ANCOS FRANCO, H., “Introducción”, en ANCOS FRANCO y VICENTE BLANCO (eds.), op. cit., p. 6.

²⁴ Se podría tomar como referencia el año 2004, a partir de la elaboración del TBI Modelo de los Estados Unidos del año 2004, donde el cambio de paradigma se empieza a gestar de manera más clara. A su vez, como veremos a continuación, la

en términos generales, no contienen prácticamente ninguna obligación a cargo de los inversionistas, lo que ha provocado que el arbitraje de inversión se reduzca a un foro de reclamo de los inversores frente a los Estados.

Cabe resaltar que hay consenso en el mundo actual globalizado con respecto a la importancia de la inversión extranjera como factor relevante para generar crecimiento y desarrollo. Sin embargo, lo que se pone de manifiesto en el presente trabajo es la obsoleta regulación existente que no atiende a las necesidades de la sociedad actual que demanda cada vez más una conducta responsable por parte de las empresas²⁵.

Por ello, es necesario que se busque avanzar en esta temática más allá de las iniciativas que intentan generar responsabilidad social a partir de simples códigos de conductas corporativas, y que se dirijan los esfuerzos a incorporar estos criterios dentro de los instrumentos internacionales a fin de crear un clima propicio para inversiones extranjeras sostenibles y sustentables, que fomenten el flujo de capitales pero que también sean cuidadosas de las externalidades negativas que puedan afectar a la sociedad.

4.3. La paulatina incorporación de principios relacionados a la responsabilidad social empresaria en los Acuerdos Internacionales de Inversión

Dentro de la regulación de la RSE en los Acuerdos Internacionales de Inversión puede clasificarse su acogida desde dos ópticas. Una de ellas es la pasiva o local, que le reconoce a los Estados la potestad reguladora sobre la actividad empresarial cuando se trata de proteger intereses que hacen al bienestar social. Por ejemplo, mediante la potestad del Estado de regular en materia de salud, prohibiéndole a las

jurisprudencia arbitral puede englobarse en dos grandes tendencias, para lo cual el año 2004 también es útil. Asimismo, a fines del siglo XX y principios del siglo XXI se debatió en varios foros internacionales (UNCTAD, OCDE, etc.) el tema de la RSE y la relación con los acuerdos internacionales de inversión.

²⁵ ANCOS FRANCO, en ANCOS FRANCO y VICENTE BLANCO (eds.), op. cit., p. 8. Así, la profesora ha puesto de relieve que “...el déficit de sostenibilidad de los instrumentos internacionales que, aunque asumidos por países con larga tradición de protección de derechos humanos, sociales y medioambientales, no trasladan a sus inversiones los estándares comprometidos”.

empresas tabacaleras que comercialicen variantes de marcas, más allá de la afectación en las ganancias que esto provocaría para el sector²⁶.

Y la otra óptica es la activa o internacional, donde no se trata solamente de la posibilidad de los Estados de regular en esta área, sino que se establece una obligación directa en cabeza de los inversores extranjeros que debe ser cumplida directamente por ellos. Por ejemplo, mediante la imposición a nivel internacional de la obligación directa de las empresas transnacionales o las inversiones extranjeras de no perjudicar el medio ambiente.

En esta línea, uno de los primeros instrumentos internacionales en receptar la importancia de la protección de la salud y el medio ambiente fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado y ratificado por Canadá, EE. UU. y México, y que entrara en vigor el 1º de enero de 1994. El mismo introduce la protección del medio ambiente en el artículo 1114, disponiendo que “1º Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental. 2º Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole”²⁷.

²⁶ Véase caso del CIADI ARB/10/7, “Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA vs. Oriental Republic of Uruguay” (originalmente “FTR Holding SA, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA vs. Oriental Republic of Uruguay”), disponible en www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7595.pdf, 22-8-2017.

²⁷ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, disponible en <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-del-Acuerdo/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte>, 23-8-2017.

El TBI Modelo de los Estados Unidos del año 2004 empieza a recoger de manera determinante temas relativos al impacto social positivo que se busca por intermedio de las inversiones extranjeras. Así, en el Preámbulo y en los artículos 12 y 13 pueden encontrarse provisiones relativas a los trabajadores y al medio ambiente.

Sobre la temática de la expropiación indirecta, establecen los TBI Modelo de los EE. UU. de los años 2004 y 2012 que, excepto circunstancias extraordinarias, las acciones regulatorias no discriminatorias de una parte, diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos para el bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta (Anexo B, art. 6º, del TBI Modelo de los EE. UU., del año 2012). Disposiciones similares se encuentran en los TBI Modelo de Canadá del 2004 y 2012.

Más recientemente, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA) que entró en vigor este año contiene normas similares a las de los TBI Modelos de EE. UU. y Canadá, pero es novedoso al incorporar mayores poderes regulatorios a los Estados Parte, lo cual priva de derechos a los inversores extranjeros cuando éstos se vean afectados por medidas tomadas por los Estados en protección de intereses que la sociedad civil hoy les exige tutelar en virtud de la RSE. Así, el artículo 8.9 del Capítulo 8 de este instrumento establece que “1º A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural”²⁸.

En este sentido, como puede apreciarse, se va manifestando la aceptación de la RSE desde la órbita pasiva o local, mediante el reconocimiento de la función reguladora del Estado sobre las externalidades negativas que provoca el desarrollo de las actividades de las inversiones extranjeras. Asimismo, existe un gran debate en torno a si corresponde o no asignarles responsabilidad directa a las empresas en términos de protección de los derechos humanos, y consecuentemente, en exigírseles mayor RSE.

²⁸ Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA), disponible en http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm, 26-8-2017.

4.4. Nueva dirección en la tendencia jurisprudencial del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

La nueva e incipiente tendencia dentro del CIADI empieza a darle mayor importancia a la facultad reguladora del Estado en materia de derechos humanos. Consiguientemente, el tema de la RSE empieza a salir a la luz dentro del Derecho de las Inversiones.

En el caso “Chemtura vs. Canada”, el tribunal arbitral ad hoc conformado dentro del marco del TLCAN²⁹ introduce el reconocimiento de la protección de los derechos a la salud y al medio ambiente al sostener que “Independientemente de la existencia de una privación contractual, el tribunal considera en todo caso que las medidas impugnadas por la demandante constituyeron un ejercicio válido del poder de policía de la demandada. Como se trató en profundidad en relación con el artículo 1105 del TLCAN, PMRA adoptó medidas dentro de su mandato, de modo no discriminatorio, motivado por la creciente concientización acerca de los peligros planteados por el lindano para la salud humana y el medio ambiente. Una medida tomada en tales circunstancias es un ejercicio válido del poder de policía del Estado y, en consecuencia, no conforma una expropiación”.

En “Methanex c/Estados Unidos” la demandante había argumentado que sus derechos habían sido expropiados por medidas adoptadas por el Estado de California (EE. UU.) para prohibir un aditivo químico para combustibles que era perjudicial para la salud pública. Al desestimar el reclamo, el tribunal afirmó: “Como cuestión del Derecho Internacional general, no se consideran expropiatorias las regulaciones no discriminatorias de interés general, promulgadas de conformidad con el debido proceso y que afecten, *inter alios*, a una inversión o inversor extranjero”³⁰.

En el reciente caso “CIADI Philip Morris vs. Uruguay” el tribunal

²⁹ Caso TLCAN, Tribunal ad hoc bajo Reglas Uncitral, “Chemtura Corporation vs. Government of Canada” (originalmente “Crompton Corporation vs. Government of Canada”), párr. 266, disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf, 23-8-2017.

³⁰ Caso CNUDMI, “Methanex Corporation c/Estados Unidos de América”, laudo definitivo del 3-8-2005, p. 4, párr. 7, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>, 23-8-2017.

arbitral arriba a una contundente conclusión sobre el poder regulatorio del Estado en protección del derecho a la salud pública, determinando que “...las medidas impugnadas fueron un ejercicio válido del poder de policía de Uruguay para la protección de la salud pública. En este carácter, no pueden constituir una expropiación de la inversión de las demandantes. También por este motivo debe rechazarse el reclamo de las demandantes acerca de la expropiación de su inversión”³¹.

Obligado es detenerse en el caso “CIADI Urbaser SA y otros vs. Argentine”, de gran relevancia por haber sido el primer caso CIADI en expedirse expresamente sobre la RSE. En primer lugar, el tribunal arbitral, con base en el Convenio de Washington, el TBI Argentina-España y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), determinó que era posible para el Estado presentar una demanda reconventional, y que el TBI no debía interpretarse como un instrumento unidireccional, mediante el cual únicamente puede ser el inversionista extranjero el que demanda al Estado anfitrión³².

Asimismo, determinó que era posible para el Estado demandar por obligaciones propias del Derecho Internacional, ya que “...el TBI no representa, en opinión de las partes contratantes y a la luz de su texto, un conjunto aislado de normas que ignora las normas de Derecho Internacional externas a sus propias disposiciones”³³.

Y con respecto a la aplicación de la RSE dentro del campo del Derecho de las Inversiones extranjeras, expresó que “...el Tribunal manifiesta que *el Derecho Internacional acepta la responsabilidad social de las empresas como un estándar de vital importancia para aquellas empresas que operan en el ámbito del comercio internacional*. Dicho estándar incluye obligaciones de cumplir con los derechos hu-

³¹ Caso CIADI ARB/10/7, “Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA vs. Oriental Republic of Uruguay” (originalmente “FTR Holding SA, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA vs. Oriental Republic of Uruguay”), laudo del 8-6-2016, párr. 307, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>, 22-8-2017.

³² Caso CIADI ARB/07/26, “Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. The Argentine Republic”, laudo del 8-12-2016, párr. 1187, disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf, 23-8-2017.

³³ Íd., párr. 1192.

manos en el marco de las operaciones de tales empresas en países distintos a su país de origen o registro. A la luz de este acontecimiento más reciente, ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad, porque no son sujetos de derecho internacional. Por otro lado, si bien diversas iniciativas impulsadas en el ámbito internacional están prestando especial atención a la conducta de las empresas respecto de los derechos humanos, dichas iniciativas no son, por sí solas, suficientes para obligar a las empresas a alinear sus políticas a la legislación sobre derechos humanos. Por consiguiente, *es imperativo contextualizar las actividades específicas de una empresa, en cuanto a la relación que guardan con el derecho humano en cuestión, a fin de determinar si ese particular que no es un Estado tiene alguna obligación de derecho internacional*³⁴ (el resaltado es propio).

El tribunal rechazó la demanda reconvencional presentada por la Argentina, por no haber podido probar que en ese caso en concreto la empresa AGBA, concesionaria del servicio público de provisión de agua potable y saneamiento, hubiera adquirido algún compromiso respecto a garantizar el derecho humano de acceso al agua potable.

Sin embargo, muestra claramente un cambio en la tendencia al poner de relieve la importancia de la RSE dentro del Derecho Internacional. El tribunal se basó en los “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»”.

De acuerdo con estos Principios, las empresas comerciales deben respetar los derechos humanos (Nº 11). Esta responsabilidad se refiere a los derechos humanos reconocidos internacionalmente (Nº 12). Exige que las empresas comerciales: (a) eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; (b) traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos (Nº 13). En cualquier contexto, las empresas deben: (a) cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos

³⁴ Íd., párr. 1195.

humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen; (b) buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas; (c) considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que opere (Nº 23)³⁵.

Asimismo, el tribunal hizo referencia al caso “CIADI Tulip Real vs. Turkey”, donde el Comité ad hoc hizo referencia al “principio de integración sistémica”, por el cual remitirse a las fuentes que derivan del ámbito de los derechos humanos es “un método legítimo de interpretación de los tratados”³⁶.

Con ello, queda evidenciado que, dentro del Derecho Internacional de las Inversiones, y en particular a través de las disputas que se dirimieron ante el CIADI, empezó a operar un cambio de paradigma por el cual la RSE va ganando más y más protagonismo, requiriéndose el adecuamiento de la actividad de las inversiones extranjeras a las necesidades actuales de la sociedad.

5. Conclusión

De lo expuesto se colige que la RSE es la manifestación de una reacción social surgida primariamente ante la afectación de bienes colectivos que la sociedad ha decidido proteger. Claro ejemplo de estos bienes es el medio ambiente.

La RSE, como clara expresión de la voluntad de la sociedad civil, ha considerado que una empresa que toma los recaudos para proteger estos bienes, que absorbe los costos para realizar sus actividades económicas sin afectarlos, es socialmente más deseable que otra que no lo hace. Ergo, la RSE forma parte de una emergente valoración social.

³⁵ Conf. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»”, A/HRC/17/31, 21-3-2011, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf, 25-8-2017.

³⁶ Caso CIADI ARB/11/28, “Tulip Real Estate and Development Netherlands B. V. vs. Republic of Turkey”, decisión sobre anulación del 30-12-2015, párrs. 86-92, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7037.pdf>, 26-8-2017.

En consecuencia, estamos asistiendo a un cambio gradual de paradigma social. Lentamente, se va trastocando la concepción clásica de empresa cuyo paradigma data –con variantes– de la Inglaterra del siglo XVII, hacia una empresa que deberá incluir entre sus externalidades los mayores costos que conlleva el cuidado de los importantes valores de la sociedad.

Sin embargo, el tránsito del *ser* al *deber ser* no puede darse por simple ósmosis. Al contrario, frente a la situación de apogeo de las empresas transnacionales, cuyo poder puede llegar incluso a desviar voluntades políticas de gobiernos centrales, se hace evidente la necesidad del auxilio de una entidad internacional capaz de juzgar los actos de estas empresas, así como los del Estado.

Encontramos que el CIADI y el Derecho de las Inversiones es un ámbito ideal propicio para la resolución de conflictos, no ya entre Estados y empresas transnacionales, sino entre actos coincidentes con la RSE y actos violatorios de aquellos bienes jurídicos, éticos y morales que la sociedad comienza de a poco a tutelar.

La jurisprudencia específica, la doctrina crítica especializada y gran parte de la normativa internacional de inversiones han comenzado a comprender la importancia de los principios de la RSE e iniciado ya el camino hacia su inclusión paulatina.

No deberían sorprendernos, por ende, nuevas “señales” provenientes del ámbito internacional que den cuenta de la acogida de la RSE por parte de los organismos vinculados al Derecho de las Inversiones transnacionales.

Bibliografía consultada

- ANCOS FRANCO, Helena y VICENTE BLANCO, Dámaso Javier (eds.), “La promoción de la responsabilidad social en los tratados de inversión. Los casos de Bolivia y Venezuela”, Madrid, Fundación Carolina, 2009, disponible en <http://eprints.ucm.es/9680/>, 23-8-2017.
- BARRE, Raymond, “Economía Política”, Barcelona, Ariel, 1981.
- BENEDINI, María Sol, “Contabilidad ambiental y responsabilidad social empresarial”, en *La Ley Online*, AR/DOC/2848/2014.
- DE LA CUESTA GONZÁLEZ, Marta, “El porqué de la responsabilidad social corporativa”, en *Boletín Económico de ICE* (núm. 2813), 2004.

- GARCÍA, Alina Alea, “Responsabilidad social empresarial. Su contribución al medio ambiente”, en *Revista Futuros*, vol. 5 (núm. 17), México, 2007.
- Greenpeace, “Conflictos y medio ambiente. Impacto de las multinacionales”, disponible en <http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/other/hoja-informativa-impactos-de.pdf>, 24-8-2017.
- MACHUCA MAZA, Alma Rosa, “Evolución de la responsabilidad social en el mundo y en Latinoamérica”, disponible en Perú21, <http://blogs.peru21.pe/tumismoeres/2013/04/evolucion-de-la-responsabilida.html>, 23-8-2017.
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»”, A/HRC/17/31, 21-3-2011, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf, 25-8-2017.
- OIT (Organización Internacional del Trabajo), “La OIT y la responsabilidad social de la empresa”, en *Helpdesk*; disponible en http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_142694/lang-es/index.htm, 27-8-2017.
- OMAL (Observatorio de Multinacionales en América Latina), “Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones”, ed. por Juan Hernández Zubizarreta, Erika González y Pedro Ramiro, Icaria Editorial, 2012; disponible en <http://omal.info/spip.php?rubrique31>, 25-8-2017.
- Red Española del Pacto Mundial, “10 Principios”, UN Global Compact-Pacto Mundial-Red Española, disponible en <http://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios/>, 26-8-2017.
- RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, “La responsabilidad social empresarial”, en *La Ley Online*, AR/DOC/4026/2014.

RESPONSABILIDAD MÉDICA POR CIRUGÍAS ESTÉTICAS EMBELLECEDORAS

por LILIANA AÍDA BEATRIZ URRUTIA*

Cuando el cuerpo de la mu-
jer sólo es mercancía.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. Los estereotipos de belleza y las cirugías estéticas. 3. Responsabilidad civil por cirugías estéticas embellecedoras. a) La responsabilidad médica. b) ¿Obligación de medios o de resultado? c) El consentimiento informado. d) La historia clínica. e) La carga de la prueba. 4. Deconstruyendo estereotipos: modelos reales. a) *Body positive*. b) Ni reinas ni princesas. 5. Conclusiones. Bibliografía. Otras publicaciones.

Resumen

El presente trabajo nace a partir de la observación de “Barbies humanas”, mujeres-niñas, que desde temprana edad siguen modelos estéticos irreales. Estas jóvenes, casi niñas, se someten a numerosas cirugías estéticas para conseguir el resultado deseado: parecerse a la “Barbie”, convertirse, así, en muñecas humanas.

Este dato de la realidad nos llevó a preguntarnos cuáles serían las causas por las que muchas mujeres, aún siendo niñas, se someten a cirugías embellecedoras con las consecuencias negativas que esto puede acarrear, y qué implicancias podrían tener en casos de mala praxis

* Abogada, especializada en Derecho de Daños. Carrera de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCA. Profesora Adjunta de Obligaciones y de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la UNR. Docente seleccionada por el Programa Escala Docente AUGM 2014-2015, destino UFRGS.

médica. Para ello, analizamos los estereotipos de belleza impuestos socialmente y su incidencia en las cirugías plásticas embellecedoras, y cómo estos patrones de belleza tóxicos pueden afectar el consentimiento informado para la práctica médica.

Finalmente, investigamos qué acciones sociales, políticas o jurídicas se están llevando a cabo para desarmar ese modelo de belleza tóxico que cosifica a la mujer.

Abstract

This paper is the result of the observation of “Human Barbies”, women-girls, who follow unreal aesthetic models from an early age. These young women, almost girls, undergo numerous cosmetic surgeries to get the desired result: resemble the “Barbie”, becoming, thus, human dolls.

This fact led us to ask ourselves what would be the causes why many women, even girls, undergo aesthetic surgeries with the negative consequences that this can lead to, and what implications they might have in cases of medical malpractice. To do this, we analyze stereotypes of beauty socially imposed and their incidence on cosmetic surgeries, and how these toxic beauty patterns can affect informed consent for medical practice.

Finally, we investigate what social, political or legal actions are being carried out to deconstruct that model of toxic beauty that reifies women.

Palabras clave

Estereotipos de belleza. Cirugías estéticas. Responsabilidad civil médica.

Keywords

Stereotypes of beauty. Aesthetics surgeries. Medical malpractice liability.

1. Consideraciones preliminares

En los temas de belleza y, particularmente, en los casos de cirugías estéticas con fines de embellecimiento existen factores internos y externos que se conjugan a la hora de tomar la decisión de someterse a estas prácticas.

Los estereotipos de belleza –factor externo– imponen modelos estéticos, que pueden afectar la salud física y psicológica de una mujer, con repercusión en lo personal, social y laboral. Asimismo, los rasgos de personalidad o la estructura psíquica de una persona –factor interno– pueden ser determinantes para adoptar la decisión de realizarse una cirugía o práctica de embellecimiento.

Es importante que el profesional indague en los motivos que tiene la mujer para el cambio corporal, debiendo considerar no sólo el contexto sociocultural que privilegia la apariencia, la comunicación, el bienestar físico y estético, sino, además, aquellos factores internos, verbigracia, baja autoestima, estrés postraumático de una situación de divorcio conflictivo o de violencia familiar, que pueden condicionar el consentimiento de la paciente, si bien libre, puede estar viciado de vulnerabilidad¹.

¿Es responsabilidad del médico cirujano plástico? Entendemos que forma parte del consentimiento informado que deberá obtener antes de la práctica, por lo que es parte de sus obligaciones, conforme a su *expertise*, indagar en los reales motivos, ya que la mala praxis no sólo alcanza los supuestos de resultados indeseados o consecuencias perjudiciales para la salud, sino también la obtención del consentimiento de una práctica que conlleva riesgos.

Es por ello que una buena práctica del médico es trabajar en colaboración estrecha con psicólogos y psiquiatras. Sin lugar a dudas, toda cirugía estética implicará una modificación en la integridad psicofísica de la persona, ya se trate de un resultado positivo o negativo.

Estas cirugías pueden ser beneficiosas para aquellas personas que,

¹ HIRIGOYEN, M.-F., “El abuso de debilidad y otras manipulaciones”, Paidós, Buenos Aires, 2012; la autora realiza un interesante desarrollo sobre las situaciones de vulnerabilidad en las que se encuentran algunas personas, que terminan siendo víctimas de abusadores que se aprovechan precisamente de su debilidad.

presentando un adecuado equilibrio emocional, han querido cambiar algún aspecto de su físico, pero, en otras ocasiones, esconden trastornos psicológicos, como, verbigracia, ciertos trastornos de ansiedad que generan adicción a las cirugías, o la dismorfofobia, que es una creencia obsesiva sobre una imagen corporal distorsionada.

Así pues, los patrones de belleza tóxicos impuestos socialmente como así también el estado emocional y/o psicológico de una persona que no se halla en equilibrio pueden conducirla a tomar decisiones con consecuencias perjudiciales para su salud y para su autoestima, reforzando esos estereotipos socioculturales que cosifican a la mujer.

2. Los estereotipos de belleza y las cirugías estéticas

Los estereotipos de belleza actuales imponen la delgadez extrema y los cuerpos esculpidos, sin importar si estos modelos “ideales” de belleza pueden afectar la salud psicofísica de las personas.

En los últimos años se ha convertido en un *boom* que las adolescentes pidan como regalo de quince años un implante mamario, e incluso se han realizado sorteos en boliches bailables².

Ahora bien, nos preguntamos cuáles son los motivos que imponen esta nueva tendencia de modelos anoréxicos³ o de “Barbies” humanas.

Los patrones de belleza actuales cosifican a la mujer, la denigran

² Verbigracia, el sorteo de cirugías estéticas realizado en un boliche con la presencia de algunas conocidas modelos generó polémica en la capital de Corrientes, con críticas al profesional Aníbal Lotocki, en cuya clínica se realizarían, y un planteo del municipio sobre la “cosificación” de la mujer (ver Infonews, “Polémica por el sorteo de cirugías estéticas en un boliche de Corrientes”, www.infonews.com/nota/139430/polemica-por-el-sorteo-de-cirugias-esteticas, 29-9-2017); o el caso de un boliche de la capital neuquina, que decidió sumarse a la “ola” que se registraba en varios distritos y rifaría entre su público una cirugía estética de senos o su equivalente en dinero (ver www.mdzol.com/nota/78825-los-sorteos-de-cirugias-esteticas-de-lolas-ya-llegaron-a-neuquen, al 29-9-2017).

³ La anorexia suele darse en la adolescencia entre los 14 y los 18 años y las víctimas suelen ser preponderantemente adolescentes y mujeres jóvenes. Los factores de riesgo que propician la enfermedad son: los modelos sociales de belleza alejados de parámetros saludables, la influencia de familiares y amigos que recalcan estos modelos, la presencia de conflictos afectivos, el abuso sexual, la baja autoestima, entre otros (ver www.argentina.gob.ar/salud/glosario/anorexia, 29-9-2017).

a la calidad de objeto, y pueden afectar su salud física y mental. Estos parámetros de belleza no saludables son una de las causas que llevan a las mujeres, en particular, a las adolescentes, a someterse a cirugías plásticas.

La imagen corporal en la adolescencia aún no está consolidada, por lo que realizar cambios irreversibles puede afectar la estructura psicofísica o emocional de la persona.

En una cirugía estética no sólo se pone en juego la integridad física, ya que toda intervención quirúrgica conlleva riesgos, sino también entra en juego la imagen del cuerpo que cada persona tiene de sí misma, lo que se encuentra en pleno desarrollo en la adolescencia.

Así pues, en esta etapa de la vida es donde más se ve afectada la integridad psicoemocional de las niñas-adolescentes por estos patrones de belleza potenciados por el mercado.

Se consideran patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales, culturales y educativas expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes o cualquier otro medio de expresión que tienda a utilizar imágenes desvalorizadas de las mujeres o a referirse a las mujeres como objetos, entre otros⁴.

Así, cuando hablamos de patrones o estereotipos de belleza no podemos soslayar que el mundo actual ha establecido un concepto universal de belleza física, basado en la delgadez del cuerpo humano, las facciones perfectas del rostro y la juventud eterna. Es, entonces, que para alcanzar estos paradigmas muchas mujeres se someten a cirugías plásticas embellecedoras.

Concluyendo, podemos afirmar que las cirugías estéticas producen marcas corporales, promueven y consolidan estereotipos y patrones culturales homogeneizadores y ponen en riesgo la salud física y emocional⁵.

⁴ Conf. art. 2º, inc. e, del decreto reglamentario 4028/2013 de la ley provincial de Santa Fe 13.348, que adhiere a la ley nacional 26.485.

⁵ Fundamentos del proyecto de ley para prohibir la realización de cirugías estéticas en menores de 18 años, presentado por BRAUER, M. (FPV-CABA), "Proponen prohibir las cirugías con fines exclusivamente estético para menores de 18 años", NCN, www.ncn.com.ar/proponen-prohibir-las-cirugias-con-fines-exclusivamente-estetico-para-menores-de-18-anos, 29-9-2017.

En fin, vivimos y convivimos en medio de modelos estéticos irreales, que intoxican nuestra integridad psicofísica y emocional.

3. Responsabilidad civil por cirugías estéticas embellecedoras

a) La responsabilidad médica

El nuevo Código Civil y Comercial, en su artículo 1768, establece que la responsabilidad de los profesionales será, por lo general, subjetiva, por su obrar culposo o doloso. Es una atribución de responsabilidad basada en un reproche sobre la conducta del profesional. Interesa especialmente la idea de culpa, que el Código unificado define como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar⁶.

Así, la jurisprudencia fijó ciertas pautas para valorar la culpa médica. Por ejemplo: a) el fracaso del tratamiento médico no importa necesariamente un obrar culposo, porque el ejercicio de la profesión supone riesgos y otras circunstancias imposibles de controlar; por ende, el médico no puede comprometerse a salvar la vida del paciente o curar su enfermedad; b) la culpa médica comienza cuando terminan las discusiones científicas; c) la conducta profesional debe ser valorada sobre las circunstancias existentes al momento de la práctica cuestionada, considerando si el profesional actuó a través de uno de los caminos científicamente válidos; d) el correcto tratamiento médico no supone un proceso lineal y puede significar avances y retrocesos. Por ello, los cambios de diagnóstico y/o terapia durante el curso del tratamiento no necesariamente suponen un obrar negligente por parte del profesional⁷.

b) ¿Obligación de medios o de resultado?

En general, la responsabilidad médica es una obligación de medios. El médico debe ejercitar su actividad profesional empleando las diligencias que el caso particular requiera. Estas previsiones se encuentran

⁶ WIERZBA, S. M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Contratos y Seguros*, Año XVII, N° 9, septiembre de 2015, ps. 5 a 25.

⁷ Íd.

—según Pizarro y Vallespinos— en tres ámbitos diferentes: a) la *lex artis*, constituida por los usos, métodos o técnicas adoptadas por la práctica médica; b) las indicaciones dispuestas en protocolos médicos, y c) las reglas deontológicas⁸.

Ahora bien, la discusión está dada en el caso de las cirugías estéticas embellecedoras, ya que ninguna persona se sometería a una práctica o cirugía de esta clase si no fuera para lograr la imagen deseada, el resultado prometido.

En las obligaciones de medios, el deudor sólo se obliga a cumplir el objeto con diligencia, prudencia y pericia, mientras que en las obligaciones de resultado el obligado se compromete, precisamente, a obtener un resultado, y ante la sola frustración del objeto prometido, el deudor incurre en responsabilidad debiendo responder, sin importar si ha actuado con la diligencia debida (art. 1724, CCyCN).

En las obligaciones de resultado, la culpa queda fuera de análisis, siendo una responsabilidad con fundamento en el factor de atribución objetivo⁹.

En la medicina voluntaria o de satisfacción, el profesional garantiza la obtención de un resultado concreto, cuya no concreción frustra irreversiblemente el interés del paciente. Se trata de una modalidad excepcional, planteada normalmente en las denominadas cirugías estéticas embellecedoras¹⁰.

La no obtención del resultado deja patentizado el incumplimiento y su imputabilidad, admitiéndose como eximente únicamente la causa ajena¹¹.

Así pues, nosotros coincidimos con la posición mayoritaria, que sostiene que la obligación de los especialistas en cirugía plástica embellecedora es de resultado, con el argumento de que el paciente no se sometería a la intervención de no prometerse o asegurarse un resultado satisfactorio con cierto grado de certeza.

⁸ PIZARRO, R. y VALLESPINOS, C., “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, t. 5, p. 362.

⁹ BUERES, A., “Responsabilidad contractual objetiva”, en *Jurisprudencia Argentina* 1989-II-964.

¹⁰ PIZARRO y VALLESPINOS, op. cit., p. 375.

¹¹ Íd.

c) *El consentimiento informado*

El nuevo Código Civil y Comercial¹² incorpora expresamente el consentimiento informado para actos médicos, entendiéndose por tal la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, entre otros. Además, se establece explícitamente que ninguna persona puede ser sometida a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado.

Ahora bien, los estereotipos de belleza tóxicos que son impuestos socialmente (como ser las modelos ultradelgadas, prototipo a seguir por muchas jóvenes que terminan sufriendo anorexia, o, como nos referimos en este trabajo, las “Barbies humanas”, adolescentes que siguen un patrón irreal, buscando parecerse al máximo a una muñeca) y la estructura psicosocial de estas mujeres vician el consentimiento dado para la práctica o intervención quirúrgica. Aun, en el caso de que se haya informado adecuadamente a la paciente, entendemos que dicho consentimiento no es plenamente libre, puesto que se encuentra viciado de vulnerabilidad o debilidad.

Asimismo, el consentimiento podría hallarse viciado por una información inadecuada, cuando no se le hace saber al paciente de las eventualidades que podrían acaecer por factores endógenos o exógenos y, por tanto, la no obtención del resultado deseado. Cuando el galeno no le ha informado adecuadamente a su paciente y, además, le asegura el resultado buscado, nos hallaríamos ante un caso de consentimiento viciado u obtenido de manera fraudulenta¹³.

¹² El artículo 59 del nuevo Código regula el consentimiento informado para actos médicos en consonancia con la ley 26.529 (art. 5°).

¹³ PIROTA, M. D., “Responsabilidad médica: situaciones susceptibles de generar mala praxis y de liberar de responsabilidad. Análisis de casos paradigmáticos”, noviembre de 2007, SAIJ, DACF090024; www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090024-pirola-responsabilidad_medica_situaciones_susceptibles.htm, 30-8-2017.

En el mismo sentido, se ha entendido que la falencia en proveer la información adecuada, aun cuando el paciente hubiera autorizado el tratamiento, permite apreciarla como una práctica negligente, llegándose a afirmar que el médico que soslaya datos relevantes al enfermo obtiene una aceptación fraudulenta¹⁴.

Por su parte, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida que no constituya una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por los daños derivados de la lesión a bienes disponibles (art. 1720, CCyCN).

Así, se sostiene que el consentimiento informado aparece como la justificación misma de la legitimidad del acto médico, fundado en el derecho del paciente a su autonomía y su autodeterminación¹⁵.

Consecuentemente, la prestación oportuna de información al enfermo y su consentimiento previo podrán impedir que se responsabilice al profesional en caso de que se produzcan los riesgos conocidos y asumidos por el interesado directo. Así, podrá liberarse el médico de la obligación de reparar los perjuicios derivados de una complicación previsible de una intervención quirúrgica necesaria cuando fue debidamente advertida, habiéndose tomado todos los recaudos para evitar dicha complicación, con respaldo en la norma legal mencionada¹⁶.

En definitiva, es, sin dudas, en estos supuestos de cirugía plástica embellecedora en los cuales la persona va a sufrir un detrimento físico, aunque temporario, con el fin de satisfacer una afección emocional o un padecimiento psicológico, que debe conocer con exactitud los riesgos a los que se somete para obtener los beneficios estéticos deseados. Para ello, se exige que el consentimiento sea informado de manera prolija y pormenorizada¹⁷.

Además, nosotros agregamos que dicho consentimiento sea obtenido

¹⁴ RABINOVICH-BERKMAN, R., "Responsabilidad del médico", Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 48.

¹⁵ TALLONE, F., "El consentimiento informado en el Derecho Médico", en *La Ley* del 18-8-2002.

¹⁶ WIERZBA, op. cit.

¹⁷ BUERES, A., "Responsabilidad civil de los médicos", Hammurabi, Buenos Aires, 2006; VÁZQUEZ FERREYRA, R., "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

con el apoyo psicológico necesario no sólo para comprender los alcances de la práctica y sus riesgos sino, también, para conocer los verdaderos motivos de la decisión, que pueden encontrar alguna base de desequilibrio psicológico o emocional a atender, sin que esto importe afectar su autonomía y autodeterminación.

d) *La historia clínica*

La historia clínica es una documentación trascendente en la relación médico-paciente. Debe contener los antecedentes y estado actual del/de la paciente; ficha de anamnesis; estudios ordenados y realizados; diagnóstico; terapia a realizar; su evolución y los resultados logrados; medicación suministrada, y en caso de cirugía: protocolo quirúrgico (integración del equipo quirúrgico, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial y el personal médico y paramédico que lo ha atendido). Todo ello demuestra, sin duda, las condiciones de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa¹⁸.

La ley 26.529, en su artículo 12, establece que la historia clínica es un documento obligatorio, cronológico, foliado y completo en el que debe constar toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

La inexistencia, mutilación, alteración, enmiendas o destrucción o pérdida parcial de la historia clínica genera una presunción en contra del o de los profesionales intervinientes en la cirugía o práctica médica.

Como puede apreciarse, se trata de un documento complejo, permanente, completo, dirigido tanto a proteger los intereses del paciente como así también los del profesional médico, pues esta registración será decisiva en la mayoría de los casos para juzgar su actuación¹⁹.

Consideramos que en el caso de las cirugías estéticas, en particular, las de carácter embellecedor, es relevante tomar en cuenta “los antecedentes y estado actual del/de la paciente”, su estado emocional y/o

¹⁸ VAZQUÉZ FERREYRA, R., “Importantísimos aspectos del Derecho de Daños en un fallo sobre la responsabilidad médica”, en *La Ley* 1996-D-447.

¹⁹ PIZARRO y VALLESPINOS, op. cit., p. 366.

psicológico, para lo cual será necesario quizás más de una entrevista psicológica o, incluso, un informe previo del terapeuta tratante de la paciente, si existiera. Esto no significa coartar su libertad de elección y decisión, pero puede ser una herramienta importante a la hora de enfrentar un juicio de mala praxis en casos de cirugías estéticas embellecedoras.

En suma, la historia clínica es la prueba por excelencia de la praxis médica; por tanto, si reúne todos los recaudos exigidos y, aún más, es fiel reflejo de la obtención de un consentimiento adecuadamente informado, atendiendo las particularidades señaladas en los casos de cirugías estéticas embellecedoras, no existirá responsabilidad profesional del galeno actuante, salvo que la mala praxis fuera originada como consecuencia de la intervención quirúrgica.

e) *La carga de la prueba*

La carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil es un tema relevante en todo proceso, y, en particular, en lo que nos interesa, la prueba del factor de atribución aplicable.

La carga de la prueba de la culpa pesa, como regla, sobre el actor-damnificado, lo cual se justifica por tratarse, en la mayoría de los casos, de deberes u obligaciones de medios²⁰.

El nuevo Código Civil y Comercial incorporó expresamente la doctrina de las cargas probatorias dinámicas²¹, que asigna el *onus probandi* a quien está en mejores condiciones de probar.

Así, el artículo 1735 establece que el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla.

No obstante ello, si consideramos que los casos de cirugías estéticas embellecedoras son obligaciones de resultado, como ya lo expusiéramos, la culpa queda fuera de análisis, siendo una responsabilidad con fundamento en el factor de atribución objetivo.

²⁰ PIZARRO y VALLESPINOS, op. cit., p. 377.

²¹ Vide PEYRANO, J., “Las cargas probatorias dinámicas, hoy”, Federación de Ateneos de Estudios de Derecho Procesal, faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario_34.pdf, 29-9-2017.

4. Deconstruyendo estereotipos: modelos reales

Si bien los estereotipos de belleza que cosifican el cuerpo de la mujer se reproducen a diario, en los últimos años han surgido diversos movimientos y manifestaciones en contra de la discriminación hacia las mujeres.

Las acciones positivas, tanto del Estado como de las organizaciones intermedias de la sociedad civil, tendientes a eliminar las desigualdades y discriminaciones de género, son herramientas eficaces para desarmar un patrón arraigado de belleza irreal.

A guisa de ejemplo, podemos mencionar acciones concretas en este sentido, como la Ley de Talles, la eliminación de los concursos de belleza, entre otras.

a) “*Body positive*”

Así, podemos mencionar a AnyBody Argentina, que forma parte de un movimiento internacional que genera conciencia y lucha contra la epidemia del odio corporal²². El ideal de delgadez impuesto socialmente afecta de forma negativa a la imagen corporal femenina y es uno de los factores de la baja autoestima y de los trastornos alimenticios que padecen muchas mujeres, en especial, niñas y adolescentes.

Esta ONG, entre las acciones positivas que lleva adelante, ha promovido que las marcas de ropa tengan actitudes *body positive*, para lo cual lanzaron la Campaña “El talle único no es el único talle”, y decidieron reconocer a aquellas marcas que cumplan con estos requisitos: a) variedad de talles; b) cuerpos sin Photoshop, que no retoquen digitalmente el talle o tamaño y los rasgos de la cara de los modelos en sus publicidades; c) publicidad inclusiva, que muestre una diversidad de cuerpos, tamaños y talles, en sus publicidades y sitios web; d) maniqués de diversos talles o tamaños en las vidrieras²³.

Camila Ocampo, activista de AnyBody Argentina, en un reportaje para el diario *La Capital* de Mar del Plata, expresó que “Hay una

²² AnyBody Argentina forma parte del movimiento global “Cuerpos en riesgo de extinción” (Endangered Bodies, buenosaires.endangeredbodies.org, 29-9-2017).

²³ TORO, E., “5 marcas argentinas de indumentaria premiadas por negarse al talle único”, Mendoza Post, www.mendozapost.com/nota/26647-5-marcas-argentinas-de-indumentaria-premiadas-por-negarse-al-talle-unico/, 29-9-2017.

cultura visual que nos imponen y Argentina, puntualmente, es el país con más tasa de cirugía plástica de la región, por lo que es muy fuerte la obligación de tener cierta imagen”²⁴.

Sin lugar a hesitación alguna, existe una estrecha relación entre los estereotipos de belleza, las modelos de pasarela, el talle único *small* y las cirugías estéticas embellecedoras innecesarias.

En cuanto a la regulación legal, si bien existen leyes y ordenanzas en varias provincias y ciudades importantes de nuestro país²⁵, es necesario el dictado de una ley nacional de talles para unificar criterios, y, además, su reglamentación.

El 5 de abril de 2017, la diputada Victoria Donda Pérez, junto con AnyBody Argentina y otras organizaciones, presentó un Proyecto de Ley Nacional de Talles²⁶, cuyo objeto es garantizar a todos los habitantes la existencia de un mínimo de ocho talles.

Los fundamentos, entre otros, se basan en el estereotipo de belleza femenina definido por el sistema patriarcal y el discurso machista que exige mujeres siempre jóvenes, delgadas y con cuerpos “perfectos”²⁷.

Además, el proyecto presentado destacó la necesidad de romper los estereotipos de belleza de mujer contruidos por el patriarcado²⁸.

²⁴ TERCEIRO, C., “AnyBody, la ONG que combate la ‘epidemia’ del odio corporal”, La Capital de Mar del Plata, www.lacapitalmdp.com/anybody-la-ong-que-combate-la-epidemia-del-odio-corporal, 29-9-2017.

²⁵ Las Provincias de Santa Fe, Buenos Aires, Río Negro, Mendoza, Chaco, Entre Ríos, Santa Cruz, Corrientes, La Pampa, Córdoba y San Juan y las ciudades de Buenos Aires, Rosario, Santa Fe, Resistencia, Córdoba y Río Cuarto tienen leyes y ordenanzas que regulan los talles de la indumentaria. *Vide* Cámara Industrial Argentina de la Indumentaria, “Ley de Talles por Jurisdicciones”, www.ciindumentaria.com.ar/camara/ley-de-talles-por-jurisdicciones, 29-9-2017.

²⁶ DONDA PÉREZ, V., “Texto completo del Proyecto de Ley Nacional de Talles”, Facebook, www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=10155117456423476&id=163081623475&substory_index=0, 29-9-2017. Asimismo, puede verse en el sitio oficial de Los Libres del Sur, “Victoria Donda presentará Proyecto por una Ley Nacional de Talles”, libresdelsur.org.ar/noticias/proyecto-una-ley-nacional-talles, 29-9-2017.

²⁷ DONDA PÉREZ, V., “Fundamentos del Proyecto de Ley Nacional de Talles que presentaremos esta tarde en el Congreso”, Facebook, www.facebook.com/163081623475/photos/a.376637738475.158778.163081623475/10155117376613476/?type=3&link_share, 29-9-2017.

²⁸ *Íd.*

b) *Ni reinas ni princesas*

Muchas ciudades argentinas han decidido eliminar los tradicionales concursos de belleza, verbigracia, Chivilcoy, Villa General Belgrano, Villa Gesell, Rosario, entre otras; sin embargo, aún no hay una regulación nacional sobre el tema.

Es por ello que se han presentado numerosos proyectos de ley que contemplan regular los concursos de belleza y elecciones de reinas, a nivel nacional y local.

Así, en la Provincia de Córdoba, la legisladora Elisa Caffaratti presentó un proyecto, fundado en que ya se encuentran diversas ciudades avanzando sobre el tema con la intención de reconvertir estos concursos, entendiendo que los mismos cosifican a la mujer, refuerzan la idea de que las mujeres deben ser valoradas exclusivamente por su apariencia física, y que constituyen una práctica discriminatoria y sexista²⁹.

Asimismo, la legisladora provincial Liliana Montero presentó un proyecto de ley para reconvertir los llamados concursos de belleza en “concursos reales”, en todo el territorio de la Provincia de Córdoba.

El proyecto prohíbe la realización de certámenes y concursos que promuevan criterios de selección basados en características físicas, sexo, edad, altura, peso, características étnicas o raciales, color de piel, cabello, ojos, medidas corporales de busto, cintura, cadera, y cualquier otra característica física sostenida sobre criterios denigratorios para las mujeres o sobre estereotipos de género³⁰.

Además, establece que la autoridad de aplicación deberá promover la transformación de eventos de selección de reinas de belleza en concursos de reconocimientos de logros intelectuales, deportivos, artísticos o por sus trabajos y compromisos sociocomunitarios³¹.

²⁹ El Proyecto de Ley tiene por objeto evitar la discriminación y violencia simbólica e institucional que producen los certámenes de belleza y de elección de representantes de fiestas provinciales y municipales, y busca promover valores que fomenten la construcción de una ciudadanía inclusiva, igualitaria, solidaria, saludable, comprometida y participativa (CAFFARATTI, E., elisacaffaratti.com.ar/proyecto-ley-regular-concursos-belleza-eleccion-reinas, 29-9-2017).

³⁰ El proyecto puede verse en la web de la legisladora, MONTERO, L., liliana-montero.com.ar/proyecto-ley-20759-fecha-01-12-2016-concursos-reales, 29-9-2017.

³¹ Íd.

A su vez, la diputada bonaerense María Alejandra Martínez impulsó un proyecto de ley que apuntó a reemplazar, en el marco de las fiestas provinciales, los concursos de belleza tradicionales y transformarlos en la elección de “embajador o embajadora cultural”. La iniciativa tenía como objetivo no cosificar a la mujer y ser inclusivo y representativo. El/la embajador/a cultural puede ser una persona de la tercera edad, un varón, una mujer, un joven, una persona con alguna discapacidad, pero que represente y transmita el sentir de cada pueblo³².

En Santa Fe, la Subsecretaría de Políticas de Género de la Provincia, en su calidad de organismo de aplicación de la Ley Provincial 13.348 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, solicitó la suspensión de los eventos de elección de reinas en municipios y comunas. Este pedido se fundaba en reconocer que estas prácticas, en sí mismas, se enmarcan en uno de los tipos de violencia denominada simbólica, que refuerzan estereotipos sexistas poniendo, mayoritariamente, en valor rasgos vinculados a las características de belleza física, que se refieren a las mujeres como objetos³³.

A partir de esta recomendación, la Municipalidad de Rosario se sumó a la iniciativa y ya no habría más elección de reinas en la Fiesta Nacional de Colectividades. En la edición de 2017 se elegiría una pareja de embajadores, que tendría más que ver con lo cultural y la trayectoria dentro de la colectividad.

En el orden nacional, la diputada Gloria Bidegain presentó un proyecto de ley, que tenía como objetivo principal no prohibir los certámenes que se realizan en las fiestas populares sino regularlos, corriendo el eje de los estereotipos de belleza. La propuesta establecía las condiciones que deben cumplir los concursos de belleza y de elección de representantes de las fiestas nacionales, provinciales y municipales³⁴.

³² MARTÍNEZ, M. A., www.hcdiputados-ba.gov.ar/gacetilla.php?cg=g_2017020-801, 29-9-2017.

³³ Facebook de la Subsecretaría de las Políticas de Género de la Provincia de Santa Fe, www.facebook.com/PoliticasyGeneroSantaFe/posts/533037200379338, 29-9-2017.

³⁴ ALCARAZ, M. F., “Ni reinas ni princesas: un proyecto para regular los concursos de belleza”, Infojus Noticias, www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/ni-reinas-ni-princesas-un-proyecto-para-regular-los-concursos-de-belleza-9554.html, 29-9-2017.

Como puede advertirse, estas acciones positivas van deconstruyendo los estereotipos arraigados de belleza, que cosifican a la mujer; sin embargo, la naturalización es tan fuerte y lleva tantos años que aún queda mucho por hacer.

Los modelos reales de belleza, cuerpos reales, talles para todas las personas, la desmitificación de la belleza “ideal”, sin duda, serán un soporte sociocultural y emocional para las mujeres que buscan una cirugía estética embellecedora. Con estas herramientas y la información profesional adecuada y suficiente se tomarán decisiones pensadas en pro de una belleza individual y no cosificada.

5. Conclusiones

Cuando comenzamos este trabajo nos despertó la inquietud por la figura de mujeres-niñas “Barbies humanas”, cuya imagen se confundía con la que nos mostraban los fabricantes de muñecas. En una época ser una muñeca era un elogio; aún hoy, se piensa así. Sin embargo, incluso bella, sigue siendo una “cosa” para “jugar”.

¿Una cosa? Los cuerpos de las mujeres expuestos a numerosas cirugías estéticas embellecedoras para semejarse a la “muñeca”, o a prácticas alimenticias no saludables para ganar los concursos de belleza.

Así, vimos cómo los estereotipos de belleza patriarcales que cosifican a las mujeres representan una de las causas, si no la más importante, por las cuales muchas mujeres se someten a esta clase de cirugías plásticas.

A su vez, advertimos la trascendencia del consentimiento informado y su relación con estos patrones de belleza, que, en muchos casos, pueden provocar un desequilibrio emocional en la persona, afectando su decisión, sin que esto implique coartar su autonomía y autodeterminación.

Es por ello que tanto el consentimiento informado de la paciente como la historia clínica que lo contiene son la prueba por excelencia de que la decisión fue libre y adecuadamente informada, descartando la posibilidad de un consentimiento fraudulento.

Además, en los casos de cirugías estéticas embellecedoras, coincidimos

con la posición mayoritaria, que sostiene que estamos ante una obligación de resultado y, por tanto, es una responsabilidad de carácter objetivo.

Finalmente, las acciones positivas van modificando las conductas y prácticas arraigadas sobre patrones de belleza irreales, tóxicos, y que cosifican a las mujeres.

Es por ello que creemos necesario seguir avanzando en un cambio de modelos culturales que apunten a construir sociedades más justas y equitativas, erradicando la violencia simbólica de algunas costumbres, que ven al cuerpo de las mujeres sólo como mercancía.

Bibliografía

- ALCARAZ, María Florencia, “Ni reinas ni princesas: un proyecto para regular los concursos de belleza”, Infojus Noticias, www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/ni-reinas-ni-princesas-un-proyecto-para-regular-los-concursos-de-belleza-9554.html, 29-9-2017.
- BUERES, Alberto, “Responsabilidad civil de los médicos”, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- “Responsabilidad contractual objetiva”, en *Jurisprudencia Argentina* 1989-II-964.
- CAFFARATTI, Elisa, elisacaffaratti.com.ar/proyecto-ley-regular-concursos-belleza-eleccion-reinas, 29-9-2017.
- DONDA PÉREZ, Verónica, “Fundamentos del Proyecto de Ley Nacional de Talles que presentaremos esta tarde en el Congreso”, Facebook, www.facebook.com/163081623475/photos/a.376637738475.158778.163081623475/10155117376613476/?type=3&link_share, 29-9-2017.
- “Texto completo del Proyecto de Ley Nacional de Talles”, Facebook, www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=10155117456423476&id=163081623475&substory_index=0, 29-9-2017.
- HIRIGOYEN, Marie-France, “El abuso de debilidad y otras manipulaciones”, Buenos Aires, Paidós, 2012.
- MARTÍNEZ, María Alejandra, www.hcdiputados-ba.gov.ar/gacetilla.php?cg=g_2017020801, 29-9-2017.
- MONTERO, Liliana, lilianamontero.com.ar/proyecto-ley-20759-fecha-01-12-2016-concursos-reales, 29-9-2017.
- PEYRANO, Jorge, “Las cargas probatorias dinámicas, hoy”, Federación de Ateneos de Estudios de Derecho Procesal, faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario_34.pdf, 29-9-2017.

- PIROTA, Martín Diego, “Responsabilidad médica: situaciones susceptibles de generar mala praxis y de liberar de responsabilidad. Análisis de casos paradigmáticos”, noviembre de 2007, SAIJ, DACF090024; www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090024-pirola-responsabilidad_medica_situaciones_susceptibles.htm, 30-8-2017.
- PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, t. 5.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, “Responsabilidad del médico”, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- TALLONE, Federico, “El consentimiento informado en el Derecho Médico”, en *La Ley* del 18-8-2002.
- TERCEIRO, Cris, “AnyBody, la ONG que combate la ‘epidemia’ del odio corporal”, La Capital de Mar del Plata, www.lacapitalmdp.com/anybody-la-ong-que-combate-la-epidemia-del-odio-corporal, 29-9-2017.
- TORO, Eli, “5 marcas argentinas de indumentaria premiadas por negarse al talle único”, Mendoza Post, www.mendozapost.com/nota/26647-5-marcas-argentinas-de-indumentaria-premiadas-por-negarse-al-talle-unico/, 29-9-2017.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina”, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- “Importantísimos aspectos del Derecho de Daños en un fallo sobre la responsabilidad médica”, en *La Ley* 1996-D-447.
- WIERZBA, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Contratos y Seguros*, Año XVII, N° 9, septiembre de 2015, ps. 5 a 25.

Otras publicaciones

- BRAWER, Mara, “Proponen prohibir las cirugías con fines exclusivamente estético para menores de 18 años”, NCN, www.ncn.com.ar/proponen-prohibir-las-cirugias-con-fines-exclusivamente-estetico-para-menores-de-18-anos, 29-9-2017.
- Cámara Industrial Argentina de la Indumentaria, “Ley de Talles por Jurisdicciones”, www.ciaindumentaria.com.ar/camara/ley-de-talles-por-jurisdicciones, 29-9-2017.
- Endangered Bodies, buenosaires.endangeredbodies.org, 29-9-2017.
- Facebook de la Subsecretaría de las Políticas de Género de la Provincia de Santa Fe, www.facebook.com/PoliticasGeneroSantaFe/posts/53303720-0379338, 29-9-2017.

Infonews, “Polémica por el sorteo de cirugías estéticas en un boliche de Corrientes”, www.infonews.com/nota/139430/polemica-por-el-sorteo-de-cirugias-esteticas, 29-9-2017.

Los Libres del Sur, “Victoria Donda presentará Proyecto por una Ley Nacional de Talles”, libresdelsur.org.ar/noticias/proyecto-una-ley-nacional-talles, 29-9-2017.

www.argentina.gob.ar/salud/glosario/anorexia, 29-9-2017.

www.mdzol.com/nota/78825-los-sorteos-de-cirugias-esteticas-de-lolas-ya-llegaron-a-neuquen, 29-9-2017.

DOCTRINA EXTRANJERA

SOBRE EL PRAGMATISMO JURÍDICO: ¿DÓNDE NOS CONDUCE “LA SENDA DEL DERECHO”?*

por SUSAN HAACK¹

Cuando pienso [...] en el Derecho, veo a una princesa más influyente que la que bordara una vez en Bayeux, adornando eternamente en su tapiz figuras tenues de un pasado tan prolongado, figuras demasiado tenues para ser percibidas por el distraído, excesivamente simbólicas para ser interpretadas excepto por sus pupilos,

* Este artículo apareció por primera vez en *American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005: 71-105. Las notas han sido adaptadas para esta publicación.

La traducción de este artículo fue realizada por Claudio Agüero San Juan y Sebastián Agüero-San Juan. El primero es profesor de Teoría del Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (Chile) y el segundo es doctorando en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra (España). Los traductores agradecen a la profesora Haack la revisión del borrador del texto y las sugerencias de traducción de algunas expresiones y giros idiomáticos propios del estilo filosófico de las obras analizadas. Algunas decisiones de traducción y notas complementarias están indicadas con asteriscos.

Por una amable y constructiva sugerencia de la profesora Haack, de manera complementaria al trabajo de los traductores, Juan Saharrea (IDH-Universidad Nacional de Córdoba), Daniel Gorra (Universidad Nacional de San Luis) y Andrea A. Meroi (Universidad Nacional de Rosario) han contribuido con una revisión técnica de esta traducción, cotejada finalmente por su autora.

¹ Distinguished Professor in the Humanities, Professor of Philosophy, and Professor of Law, University of Miami.

© 2018. Susan HAACK.

pero para el ojo perspicaz reveladoras de cada paso doloroso y de cada lucha estremecedora por la que la humanidad ha trabajado y forjado su camino desde el aislamiento salvaje a una vida social orgánica².

SUMARIO: 1. El pragmatismo jurídico hoy en día. 2. La tradición pragmatista en la filosofía. 3. La senda del Derecho: o tú tomas el camino rápido, y yo tomaré el camino más lento. 4. Tapando algunos baches en la senda del Derecho. 5. Teoría y práctica: el magistrado Holmes. 6. Ideas finales sobre el viejo y nuevo pragmatismo jurídico.

Todo esto empieza con un par de preguntas que suenan aparentemente muy sencillas: “¿Qué es el pragmatismo jurídico?” y “¿hay algo valioso en él?” Sin embargo, termina con respuestas no tan simples: “Aquello que hoy en día se llama ‘pragmatismo jurídico’ es muy diferente del antiguo estilo de pragmatismo jurídico asociado tradicionalmente a Oliver Wendell Holmes; y hay elementos valiosos en la concepción del Derecho que ponen de relieve la lectura de ‘The Path of the Law’* a la luz de la filosofía de tradición pragmatista clásica, aunque menos en el neopragmatismo jurídico contemporáneo”. A medida que yo articule y defienda estas respuestas, mis reflexiones sobre las variedades de pragmatismo –filosófico y jurídico, antiguo y nuevo– le darán un marco a mi exploración del significado de “The Path of the Law” y a las fortalezas y debilidades de sus argumentos.

1. El pragmatismo jurídico hoy en día

En el último tiempo, la palabra “pragmatismo”** aparece en títulos

² HOLMES, O. W., “The Law”, discurso pronunciado en la cena de la Asociación de Abogados de Suffolk el 5-2-1885; reimp. en MARKE, J. J. (ed.), “The Holmes Reader”, Oceana, Docket Series, Dobbs Ferry, 1955 (2ª ed., 1964), ps. 62-63.

* Para las citas textuales de “The Path of the Law” se utilizó la traducción al castellano de José Ignacio Soler Cayón: “La senda del Derecho”, Marcial Pons, Madrid, 2012.

** Algunas expresiones no son traducidas de un modo literal debido a que en la filosofía jurídica de lengua castellana han sido recepcionadas de un modo diverso. Éstas son: (i) “*legal pragmatism*” como “pragmatismo jurídico”, y (ii) “*legal system*” como “sistema jurídico”.

de libros, capítulos y artículos de Filosofía del Derecho* con suficiente frecuencia como para dar la impresión de que habría algún tipo de renacimiento del pragmatismo entre los estudiosos del Derecho³. Aunque cuando uno mira el contenido de aquellos libros y artículos, es probable que se encuentre un poco confundido sobre qué sería lo que renace en este aparente renacimiento.

Uno lee que el pragmatismo es simplemente una “aversión general a la teoría” (Atiyah, 1987)⁴; trata de “resolver los problemas legales usando todas las herramientas que están a mano, incluyendo el precedente, la tradición, el texto legal, y la política social –(y) renunci(ando) al proyecto entero de entregar una base teórica para el Derecho Constitucional–” (Farber, 1988)⁵; un “entendimiento de que lo que vemos siempre depende de nuestro punto de vista, y de que entender a otros es frecuentemente un asunto de recrear el punto de vista desde el cual (otros) ven los eventos” (Hantzis, 1988)⁶; “una expresión realista del reconocimiento de que las pretensiones metateóricas de verdad son filosóficamente indefendibles” (Patterson, 1990)⁷; “libertad de culpa por no tener una teoría” (Grey, 1990)⁸; “un tipo de exhortación acerca de la teorización [...] no decir cosas que los abogados y jueces desconocen, sino más bien recordarles lo que ya creen, pero fracasan en poner en práctica” (Smith, 1990)⁹; “mirar los problemas

* Por sugerencia de la autora las expresiones “*legal theory*”, “*jurisprudence*” y “*Philosophy of Law*” son traducidas como “Filosofía del Derecho”, debido a que en el texto se entrega un sentido especial al uso de las palabras “Teoría” y “teoría”.

³ De hecho, el volumen 63 de *Southern California Law Review* (1990) versa sobre el simposio titulado “The Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought”.

⁴ ATIYAH, P. S., “Pragmatism and Theory in English Law”, Stevens and Sons, London, 1987, p. 5.

⁵ FARBER, D. A., “Legal Pragmatism and the Constitution”, en 72 *Minnesota Law Review*, 1988, ps. 1331-78, y 1332.

⁶ HANTZIS, C. W., “Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.”, en 82 *Northwestern University Law Review*, 1988, ps. 541-595.

⁷ PATTERSON, D., “Law’s Pragmatism: Law as Practice and Narrative”, en 76 *Virginia Law Review*, 1990, ps. 937-98, y 996.

⁸ GREY, T. C., “Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory”, en 63 *Southern California Law Review*, 1990, ps. 1569-95.

⁹ SMITH, S. D., “The Pursuit of Pragmatism”, en 100 *Yale Law Journal*, 1990, ps. 409-49, y 411 (Smith reconoce que la suya no es una interpretación estándar del pragmatismo jurídico).

concretamente, sin ilusiones, completamente conscientes de las limitaciones de la razón humana, con un sentido 'localista' del conocimiento humano, de la dificultad de traducciones entre las culturas, de lo inalcanzable de la «verdad» (Posner, 1990)¹⁰; el punto de vista de que “la práctica no está apoyada por un conjunto general de principios inmutables, o en un método infalible o impersonal” (Fish, 1990)¹¹; “una síntesis de contextualismo e instrumentalismo” (Grey, 1991)¹²; “antifundacionalismo, y [...] optimismo social” (Hoy, 1991)¹³; “el movimiento filosófico americano distintivo que comenzó con C. S. Peirce y William James, desarrollado por John Dewey, y defendido recientemente por Richard Rorty [...] una posición fundamental [...] (que) provoca el relativismo sobre la verdad y la justicia” (Warner, 1993)¹⁴; “un antiformalismo ecléctico, históricamente orientado hacia el resultado” (Luban, 1996)¹⁵; “una crítica de formalismo esencialista/conceptualista, y una advertencia para evitar excesiva teorización o abstracción”, instando a “más diálogo, tradicionalismo, atención al contexto, y a la vía intermedia” (Tamanaha, 1997)¹⁶; la idea de que “una teoría de la decisión judicial satisfactoria para los abogados debe permitirles predecir lo que harán los tribunales” (Leiter, 1997-8)¹⁷; “un discurso filosófico que es general, histórico, externo, práctico, y progresista, y junto a éste un discurso

¹⁰ POSNER, R. A., “A Pragmatist Manifesto”, en *Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, Cap. 15; la cita es de la p. 465.

¹¹ FISH, S., “Almost Pragmatism: Richard Posner’s Jurisprudence”, en *57 University of Chicago Law Review*, 1990, ps. 1447-75, y 1464.

¹² GREY, T. C., “What Good is Legal Pragmatism?”, en BRINT, M. y WEAVER, W. (eds.), *Pragmatism in Law and Society*, Westview Press, Boulder, 1991, ps. 9-27, y 15.

¹³ HOY, D., “Is Legal Originalism Compatible with Philosophical Pragmatism?”, en BRINT y WEAVER (eds.), op. cit., ps. 343-58, y 344.

¹⁴ WARNER, R., “Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory”, en *1993 University of Illinois Law Review*, 1993, ps. 535-63, y 537. Más tarde añade, más bien confusamente, que “las visiones de los pragmatistas jurídicos son generalmente inconsistentes con el pragmatismo peirceano” (p. 543).

¹⁵ LUBAN, D., “What’s Pragmatic About Legal Pragmatism?”, en *18 Cardozo Law Review*, 1996, ps. 43-73, y 44.

¹⁶ TAMANAHA, B. Z., “Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law”, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 35.

¹⁷ LEITER, B., “Naturalism and Pragmatism in Legal Theory”, Sec. III de *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, en *76.2 Virginia Law Review*, 1997-1998, ps. 267-315, y 285-6.

jurídico anterior (el de Holmes) que es profesional, obsesivo, interno, teórico y conservador” (Alberstein, 2002)¹⁸; “una disposición para basar la acción en hechos y consecuencias más que en conceptualismos, generalidades, devociones, y *slogans* [...] rechazando la teoría moral, política y jurídica cuando se ofrecen para la guía legal [...] la toma de decisiones” (Posner, 2003)¹⁹; “una extensión del escepticismo, enraizado fundamentalmente en el sofisma griego” (Leaf, 2003)²⁰; un reconocimiento de que la “devoción a la teoría puede ser dañina e infructífera así como la devoción al formalismo jurídico tradicional” (Weaver, 2003)²¹; “una postura ecléctica y autorreflexiva sobre teorías y métodos; un reconocimiento de una pluralidad de ‘verdades’ contingentes y de ‘significados’ que se basan en la experiencia concreta más que en verdades absolutas o fundamentales; evitando las dicotomías y los enfoques unidimensionales y una incorporación explícita de ideales democráticos en los resultados (objetivos) de la política pública y en la manera en que el análisis político se conduce en sí mismo” (Larson Schneider e Ingram, 2003)²²; el punto de vista de que “la validez de la creación de un consenso no depende de su posibilidad teórica de lograr soluciones ‘exitosas’, sino de la eficacia de la creación de consenso en su aplicación” (Coglianese, 2003)²³.

Lo que tenemos aquí no es simplemente una divergencia entre el (los) significado(s) jurídico(s) de una palabra con su(s) significado(s) filosófico(s) –como *quizás* lo tenemos con el “realismo” y “positivismo”²⁴–; se trata de un enredo académico escandalosamente confuso.

¹⁸ ALBERSTEIN, M., “Pragmatism and Law: From Philosophy to Dispute Resolution”, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 2.

¹⁹ POSNER, R. A., “Law, Pragmatism, and Democracy”, Harvard University Press, Cambridge, 2003, p. 3.

²⁰ LEAF, M. J., “Pragmatic Legal Norms”, en MORALES, A. (ed.), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science*, Ashgate, Aldershot, 2003, ps. 72-89, y 73.

²¹ WEAVER, W. G., “The ‘Democracy of Self-Devotion’: Oliver Wendell Holmes, Jr., and Pragmatism”, en MORALES (ed.), op. cit., ps. 3-30, y 4.

²² LARSON SCHNEIDER, A. e INGRAM, H., “The Pragmatic Policy Analyst”, en MORALES (ed.), op. cit., ps. 156-79, y 157.

²³ COGLIANESE, G., “Does Consensus Work? A Pragmatic Approach to Public Participation in the Regulatory Process”, en MORALES (ed.), op. cit., ps. 180-95, y 189.

²⁴ El “realismo” tiene muchísimos significados y no uno solo (ver HAACK, S., “Realisms and Their Rivals: Recovering Our Innocence”, en *4.1 Facta Philosophica*,

Más que abordar esto directamente, primero haré un esquema de los orígenes de la tradición pragmatista clásica en la filosofía, y del lugar de Oliver Wendell Holmes en este relato; y luego estructuraré el complejo argumento de “The Path of the Law”, y exploraré qué nos debería enseñar este famoso discurso de Holmes hoy. Sobre la base de esta tarea, debería ser posible disipar al menos algunas de las confusiones actuales.

2. La tradición pragmatista en la filosofía

Además de su(s) uso(s) en la teoría jurídica, la palabra “pragmatismo” tiene, por supuesto, un uso cotidiano y otro filosófico-técnico –bueno, digo “por supuesto”, pero (¡por supuesto!) a menudo son confundidos entre ellos, y como mínimo el uso filosófico es ambiguo–.

En el siglo XVIII, describir a alguien como un pragmatista era decir que era una persona práctica y ocupada. A fines del siglo XIX, y aparentemente por buena parte del siglo XX, la palabra adquiere un tono peyorativo, a medida que “pragmático” llega a significar “oficioso, testarudo”, y “pragmatismo”, coherentemente, “injerencia oficiosa”. A estas alturas, el significado de estas palabras ha cambiado una vez más: en el discurso ordinario de hoy, el pragmatismo usualmente connota preocupación por la conveniencia antes que por el principio, por “cuestiones de hecho, a menudo con exclusión de materias intelectuales o artísticas; prácticas en oposición a idealistas”²⁵.

En filosofía, “pragmatismo clásico” se refiere al movimiento de

2002, ps. 67-88), pero todos ellos comparten la idea de que algo –verdad, realidad, moral o epistémica o etc., valores, o lo que sea– es, en algún sentido, independiente de nosotros. Y “positivismo”, como es usado en la filosofía, se entiende algunas veces de formas más o menos expansivas.

²⁵ Confío en el “Oxford English Dictionary Online” (2005) que ofrece como un ejemplo del uso del siglo diecinueve éste, de COWDEN CLARKE, C., “Los personajes de Shakespeare: principalmente aquellos subordinados” (1863), AMS Press, New York, 1974, p. 209: “[Malvolio] es un abstemio moral, un formalista, un pragmatista...”; “Dictionary of the English Language”, David Mackay, Philadelphia, 1885; “A Standard Dictionary of the English Language”, Funk y Wagnalls, Londres, 1897; “The Concise Dictionary of Current English”, 4ª ed. rev., Clarendon Press, Oxford, 1959, y “Webster’s Ninth New Collegiate Dictionary”, Merriam-Webster’s, Springfield, 1991, desde el cual se toma el significado actual citado en el texto.

finales del siglo XIX en la filosofía americana, cuyo primer momento fue la máxima pragmática de Charles Sanders Peirce, que caracterizó el significado en términos de consecuencias “pragmáticas” (prácticas, experienciales) de la aplicación de un concepto; y por extensión, el trabajo posterior en el espíritu de esta tradición. El “neopragmatismo” se refiere al desarrollo de fines del siglo XX asociado con los ataques de Richard Rorty al fundacionalismo, el esencialismo y el cientificismo.

Fue William James quien en 1898 introdujo por primera vez la palabra “pragmatismo” en el debate filosófico, y quien hizo famoso este estilo de filosofía²⁶. Pero James reconoció que la idea clave había surgido en discusiones con Peirce en el *Metaphysical Club* (Club de Metafísica) en Cambridge, Massachusetts, a principios de 1870. De hecho, se aprecian ya algunas semillas del pragmatismo en la serie de trabajos anticartesianos de Peirce en 1868, y en su reseña de 1871 a los trabajos de George Berkeley editados por Fraser²⁷; y Peirce había articulado la concepción pragmatista del significado, sin lugar a dudas, en un trabajo publicado en 1878: “¿Cómo esclarecer nuestras ideas?”²⁸, que más tarde describiría como “un pequeño trabajo que expresa algunas opiniones que he estado impulsando en el *Metaphysical Club* bajo el nombre de pragmatismo”. Sin embargo, explicó, cuando publicó este trabajo había evitado deliberadamente la palabra “pragmatismo”, porque “en aquellos tiempos medievales, no me atreví a usar una palabra en inglés en una publicación para expresar una idea no relacionada con el significado común de la palabra”²⁹ –*id est*, presumiblemente,

²⁶ JAMES, W., “Philosophical Conceptions and Practical Results”, en *1 University Chronicle*, University of California, Berkeley, septiembre de 1898, ps. 287-310; reimp. en JAMES, W., en BURKHARDT, F. y BOWERS, F. (eds.), *Pragmatism*, Harvard University Press, Cambridge, 1975, ps. 255-70.

²⁷ PEIRCE, C. S., en HARTSHORNE, C.; WEISS, P. y BURKS, A. (eds.), *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, 1931-1958, 5.213-357 (1868) y 8.7-38 (1871) (las referencias a “Collected Papers” son a través del volumen y el número de párrafo. Con trabajos publicados, la fecha que va entre paréntesis es el año de publicación; con los trabajos no publicados, éste es el año en que los trabajos fueron escritos).

²⁸ *Íd.*, 5.388-410 (1878).

²⁹ *Íd.*, 5.13 (c. 1906). Fueron los editores de “Collected Papers” y no el propio Peirce quienes proporcionaron “The Pragmatic Maxim” y “Applications of the Pragmatic Maxim” así como los subtítulos de las secciones pertinentes de “How to Make Our Ideas Clear”.

el entonces significado común, “entrometimiento oficioso”³⁰. En 1903, Peirce se reconoció públicamente como el fundador del pragmatismo en una conferencia en Harvard; aunque la paloma que había enviado en 1878 nunca regresó a él, escribió: “últimamente toda una camada de jóvenes ha estado revoloteando, a partir de sus plumas podría imaginar que he encontrado una bandada”³¹.*.

Tanto Peirce como James escribieron que veían el pragmatismo como un método, un enfoque de las cuestiones filosóficas centrado en las consecuencias pragmáticas, antes que como un cuerpo de doctrina filosófica; y la filosofía pragmatista fue desde el comienzo extraordinariamente variada. Abarcó una amplia gama de intereses, áreas, y ángulos –tal como el joven filósofo italiano Giovanni Papini enfatizó cuando comparó el pragmatismo con un gran hotel, donde todos los invitados pasan a través del mismo corredor, pero cada uno trabaja solo en su habitación sobre las cuestiones que especialmente le interesan–. Pero desde el comienzo, también estuvo presente una segunda variedad menos benévola en (cuanto a) las diferencias entre la concepción de Peirce sobre la máxima pragmática y la interpretación de James: Peirce enfatizaba la conexión entre “pragmática” y el *pragmatische* de Kant, entendiéndolo, aproximadamente, como “experencial”, en contraste con *a priori*; James enfatizaba la conexión entre “pragmática” y la expresión griega *praxis*, “acción”, en contraste con la teoría.

Estas diferencias se acrecentaron a medida que Peirce se corrió hacia una formulación realista y subjuntiva de la máxima (de acuerdo

³⁰ Tan lejos como he podido determinar Peirce usó por primera vez la palabra “pragmatismo” en agosto de 1899 en su reseña de John Fiske, “Through Nature to God”, reimp. en PEIRCE, C. S., en LAINE KETNER, K. y COOK, J. E. (eds.), *Contributions to the Nation*, Texas Tech Press, Lubbock, 1975-1979, 2:210-211; en enero de 1901 usó nuevamente la palabra en su reseña a dos libros de Anthony Earl de Shaftesbury (3:261), y, finalmente, describe su propia visión como “pragmatismo” en su entrada “Pragmatic and Pragmatism”, en BALDWIN, J. M., *Dictionary of Philosophy and Psychology*, McMillan, New York, 1902, 2:321-2, reimpreso en PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 5.1-5.

³¹ PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 5.17 (1903).

* En este párrafo Susan Haack hace referencia a la historia de la palabra inglesa “pragmatismo” –y su correspondiente adjetivo “pragmático”–, antes de desarrollar sucintamente la historia del pragmatismo como movimiento filosófico.

con la cual, por ejemplo, decir que un diamante es duro no sólo significa que si *se frota* contra otras sustancias las *rayará*, sino que si *se frotara* contra ellas las *rayaría*³²; y a medida que James desarrolló su doctrina de la voluntad de creer, y luego se encontró a sí mismo luchando, no muy exitosamente, por distinguir esta doctrina del pragmatismo como método que él mismo compartió con Peirce. En 1905 –aunque escribía amablemente sobre James e incluso sobre el pragmatista radical inglés F. C. S. Schiller– Peirce se quejaba sobre el “abuso despiadado” al que había sido sometida su palabra en las revistas literarias, un abuso tan ofensivo que estaba listo para “besar a su hijo a modo de despedida”, y para “anunciar el nacimiento de la palabra ‘pragmaticismo’ (*pragmaticism*), que es lo suficientemente fea como para estar a salvo de los secuestradores”³³.

En vista del potencial de la fisura ya presente en las diferencias entre las elaboraciones de Peirce y James sobre el método pragmático, y el potencial de la confusión con ésta o esa doctrina filosófica específica, sin mencionar el cambio de significado de la palabra en el empleo ordinario, la posterior fragmentación del pragmatismo filosófico no es sorprendente. Y el pragmatismo dio un cambio brusco y radical una vez que Rorty se apoderó de James: ¿qué puede estar más lejos de las observaciones de Peirce de que la verdad “es *así*, sea que tú, o yo, o cualquier persona crea que es así o no”, y que “cada hombre está completamente convencido de que hay tal cosa como la verdad, o no haría ninguna pregunta”³⁴, que el alegre fanfarroneo de Rorty de que “la noción de ‘verdad objetiva’ no le parece muy útil”, o su seguridad despreocupada de que la verdad es “completamente una cuestión de solidaridad”³⁵?

³² PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 5.453 (1905): “la pregunta no es ¿qué *pasó*?, sino [...] si ese diamante *resistiría* un intento de rayarlo”. En 1878, Peirce admite que él había “intentado desglosar más este punto”, o quizás no había estado claro en su propia mente. (“Realista”, como se usa aquí, contrasta con “nominalista”; HAACK, op. cit., ps. 78-80).

³³ PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 5.414 (1905).

³⁴ *Íd.*, 2.135 (1902) y 5.211 (1903).

³⁵ RORTY, R., “Trotsky and the Wild Orchids”, en *1.3 Common Knowledge*, 1992, ps. 140-53, y 141; “Objectivity, Relativism and Truth”, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 32.

Aunque sus intereses filosóficos eran de amplio alcance –Peirce en lógica, semiótica, metafísica, cosmología, teoría de indagación, filosofía de la ciencia y así sucesivamente; y por su parte, James en metafísica, filosofía de la religión, filosofía de la mente, ética, y así sucesivamente– ninguno tenía mucho para decir sobre la Filosofía del Derecho. Aunque recientemente parece haber sido el estilo de Rorty de neopragmatismo el que ha sido más gratamente bienvenido por los estudiosos del Derecho, tradicionalmente se ha visto a Oliver Wendell Holmes como el introductor de la tradición pragmatista en la Filosofía del Derecho. En otro lugar, he trazado la evolución del pragmatismo filosófico desde Peirce hasta Rorty y más allá³⁶; aquí, comenzaré con el lugar de Holmes en el capítulo pragmatista clásico de este relato.

Como sabemos, Holmes asistió a algunas de las conferencias de Peirce en el Instituto Lowell en 1866³⁷; y parece que estaba involucrado en el *Metaphysical Club* incluso antes de su comienzo. En 1868 James le había escrito desde Berlín, proponiendo que “[c]uando llegue a casa, establezcamos una sociedad filosófica para tener reuniones regulares y discutir nada más ni nada menos que las cuestiones más altas y amplias –que esté compuesto sólo de los más ilustres hombres de Boston–”, y previendo que esto podría “convertirse en algo muy importante después de un número suficiente de años”³⁸. Las pruebas sugieren, sin

³⁶ Publicado por primera vez en HAACK, S., “Pragmatism, Old and New”, en *1.1 Contemporary Pragmatism*, 2004, ps. 1-41; reimpresso en HAACK, S. y LANE, R. (eds.), “Pragmatism, Old and New: Selected Writings”, Prometheus Books, Amherst, 2006, ps. 15-670. En español la traducción corresponde a STELLINO, A. I., en *Dianoia* 46, núm. 47, 2001, ps. 22-59.

³⁷ DE WOLFE HOWE, M., “Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years”, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1957, p. 251, citando a WIENER, P. P., “Evolution and the Founders of Pragmatism”, Harvard University Press, Cambridge, 1949; University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1972, p. 75. PEIRCE (no publicado), conferencia titulada “The Logic of Science and Induction”.

³⁸ Citado por FISCH, M., “Was There a Metaphysical Club in Cambridge?”, en MOORE, E. G. y ROBIN, R. (eds.), *Studies in the Philosophy of Charles Sanders Peirce*, University of Massachusetts Press, Amherst, 1964, ps. 5-32, y 4, cit. a PERRY, R. B., *The Thought and Character of William James*, Little, Brown and Company,

embargo, que aunque Holmes participó desde el principio, rara vez estuvo presente en las reuniones del Club después del invierno de 1871-2; de todos modos, en 1927 –en el momento en que él era el único miembro sobreviviente– le contó a Charles Hartshorne (uno de los editores jóvenes de “Collected Papers” de Peirce) que él “pronto se salió del grupo”³⁹.

En 1906, recordando los orígenes del pragmatismo, Peirce da testimonio de la influencia de otro abogado que también participó: Nicholas St. John Green, “un abogado muy hábil [...] un discípulo de Jeremy Bentham”, quien incitó la importancia de aplicar la definición de creencia de Alexander Bain como “aquella sobre la que un hombre está preparado para actuar” –de la que, Peirce continúa, “el pragmatismo es poco menos que un corolario”–; y Chauncey Wright, “algo así como una celebridad filosófica en aquellos días [...] nuestro maestro de boxeo a quien nosotros [...] solíamos enfrentar para ser golpeados severamente”. Mientras también escribe amablemente sobre Holmes –“Creo que el Sr. Magistrado Holmes no tomará a mal que estemos orgullosos de recordar su membrecía”⁴⁰– Peirce no dice nada específico sobre su influencia. El propio Holmes escribiría más tarde que pensó que “aprendió más de Chauncey Wright y Nicholas St. John Green” que de Peirce; y expresa reservas sobre la predicción de Hartshorne de que la publicación de los trabajos de Peirce sería un evento filosófico importante⁴¹.

Y oficialmente Holmes nunca se reconoció a sí mismo como parte del pragmatismo –lo que no es sorprendente dado que entonces el significado común de “pragmatismo” era muy poco atractivo, y además, que “The Common Law”^{*} y “The Path of the Law” fueron publicados antes de que James hubiese puesto la palabra en circulación en su

Boston, 1935, vol. I, p. 508; también en BAKER, L., *The Justice from Beacon Hill: The Life and Time of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins, New York, 1991, ps. 214-5.

³⁹ FISCH, op. cit., p. 22.

⁴⁰ PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 5.12 (c. 1906).

⁴¹ Holmes to Charles Hartshorne, August 25th, 1927; mi fuente es FISCH, op. cit., ps. 10-11.

^{*} Expresiones como “[the] «common law»”, y “Law and economics” no son traducidas por considerarlas suficientemente divulgadas.

sentido filosófico especial—. De hecho, cuando James introdujo su pragmatismo al mundo filosófico, Holmes, como muchos lectores, tuvo problemas en distinguirlo de la voluntad de creer —la que él describió en una carta a Frederick Pollock como “una entretenida patraña”⁴². Mucho después, cuando leyó una temprana antología del trabajo de Peirce⁴³, aquello que lo impresionó fue que “el razonamiento en la dirección de la religión [...] parece [...] reflejar lo que él quiere creer —a pesar de su devoción por la lógica—”⁴⁴. Sin embargo, estaba aparentemente mucho más impresionado por Dewey, de cuya “Experience and Nature”⁴⁵ escribió en 1931 que “aunque está escrita increíblemente mal [...] me pareció que Dios habría hablado así si hubiese tenido dificultades para expresarse, pero estuviese profundamente deseoso de decirte cómo era el [cosmos]”⁴⁶.

En 1942, Max Fisch describió “The Common Law” de Holmes como “lleno del espíritu del pragmatismo desde las oraciones resonantes en las que se anuncia su tema —‘la vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia hasta el final’—”⁴⁷; en 1949 Philip Wiener

⁴² DE WOLFE HOWE, M. (ed.), “Holmes-Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932” (17-6-1908), Harvard University Press, Cambridge, 1941, 1:139.

⁴³ COHEN, M. R. (ed.), “Chance, Love, and Logic” (1923), University of Nebraska Press, Lincoln, 1998. Sin embargo, aparentemente a Peirce no le gustó la doctrina de “la voluntad de creer” mucho más de lo que le gustó a Holmes; de todos modos, un año después de que “La Voluntad de Creer” fue publicado y dedicado “a mi viejo amigo, Charles Sanders Peirce”, su estilo está más bien basado explícitamente en la “Voluntad de Aprender” (en HARTSHORNE, WEISS y BURKS [eds.], op. cit., 5.583 [1898]). Holmes pudo haber estado confundido por el título del trabajo de Peirce, “The Doctrine of Evolutionary Love”, el que fue incluido en esta temprana antología: de hecho este trabajo articula la teoría cosmológica que Peirce llama “agapismo”, en el cual propone la evolución del orden desde el caos por la “afinidad”.

⁴⁴ COHEN, F. M. (ed.), “The Holmes-Cohen Correspondence”, en *IX Journal of the History of Ideas*, 1948, p. 34.

⁴⁵ DEWEY, J., “Experience and Nature”, W. W. Norton, New York, 1929.

⁴⁶ DE WOLFE HOWE (ed.), “Holmes...” cit. (15-5-1931), 2:287.

⁴⁷ FISCH, M., “Justice Holmes, the Prediction Theory of the Law, and Pragmatism” (1942), en LAINE KETNER, K. y KLOESEL, C. J. W. (eds.), *Peirce, Semiotic, and Pragmatism: Essays by Max Fisch*, Indiana University Press, Bloomington, 1986, ps. 6-18, y 8. Esta observación de Fisch no debería ser tomada como sugiriendo que

tituló el Capítulo 8 de su “Evolution and the Founders of Pragmatism” como “Evolutionary Pragmatism in Holmes’s Theory of Law”⁴⁸; y muchos comentaristas han notado el paralelo aparente entre la presentación de Holmes de la “teoría del Derecho como predicción” en “The Path of the Law” (1986) y la afirmación de Peirce de la máxima pragmática en “How to Make Our Ideas Clear”:

Consideren qué efectos que concebiblemente tengan relevancia práctica, nosotros concebimos que tiene el objeto de nuestra concepción. Entonces, nuestra concepción de estos efectos es toda nuestra concepción del objeto [Peirce]⁴⁹.

Lo que se llama deber jurídico no es sino la predicción de lo que, si un hombre hace u omite ciertas cosas, tendrá que sufrir en una u otra forma, en virtud de la sentencia de un tribunal; pudiendo decirse lo propio de un derecho subjetivo [Holmes]⁵⁰.

De hecho, Fisch una vez sugirió que en lugar de ser la idea de Holmes un caso especial de la idea de Peirce, la máxima pragmática de Peirce pudo ser un tipo de extrapolación de esta línea en el pensamiento de Holmes⁵¹ (tal como parece en la teoría de las expresiones realizativas* de J. L. Austin que fue un tipo de extrapolación del con-

los pragmatistas eran hostiles a la lógica. James, por supuesto, no era lógico; pero (como Fisch debió haber sido bien consciente) Peirce fue una figura mayor en la historia de la lógica moderna, desarrollando un cálculo unificado proposicional y de predicado en 1880 –un año después del “Begriffsschrift” (“Ideografía”) de Gottlob Frege (1879; trad. al inglés de Terrell Ward Bynum, en *Conceptual Notation and Related Articles*, Clarendon Press, Oxford, 1972), pero más distante del trabajo de Frege.

⁴⁸ WIENER, op. cit.

⁴⁹ PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 5.401 (1878).

⁵⁰ HOLMES, O. W., “The Path of the Law”, en *10 Harvard Law Review*, 1896, 457-78 (existe traducción al español de José Ignacio Soler Cayón, “La senda del Derecho”, Marcial Pons, Madrid, 2012), en NOVICK, S. M. (ed.), *The Collected Works of Justice Holmes*, Chicago University Press, Chicago, 1995, vol. 3, ps. 391-406. La cita es de la p. 391. Todas las páginas referidas en el texto son de esta versión.

⁵¹ FISCH, “Justice...” cit., p. 12.

* La expresión “*theory of performative utterances*” es traducida como “teoría de expresiones realizativas” de acuerdo con la traducción estándar recogida en la traducción al español –bajo la revisión de STRAWSON, P., “Cómo hacer cosas con palabras”, Paidós, Barcelona, 1991–.

cepto de discurso operativo de H. L. A. Hart)⁵². Holmes había expresado algo parecido a esta idea a principios de 1872, por lo que en una nota en la *American Law Review*, en la cual resume y adhiere a la crítica de Pollock de las “Lectures on Jurisprudence” de John Austin, escribió:

Como es claro en numerosas instancias de interpretación judicial de leyes [*statutes*] y constituciones en este país [...] en un Estado civilizado no es la voluntad del soberano la que hace la ley de los abogados, aun cuando aquélla sea su fuente, sino que un cuerpo de sujetos, principalmente los jueces, por quienes (la voluntad del soberano) se aplica [*enforced*], dicen es su voluntad [...] La única pregunta para los abogados es: ¿cómo actuarán los jueces?⁵³

Sin embargo, la conjetura de Fisch simplifica demasiado. Como señalé anteriormente, algunas ideas protopragmatistas son evidentes ya en el trabajo de Peirce antes de esta nota de Holmes. Además, la Filosofía del Derecho que Holmes había desarrollado en el momento de “The Path of the Law” resulta ser mucho más sutil y sofisticada que lo que la etiqueta “teoría de la predicción” sugiere. Por tanto necesitamos mirarla más de cerca.

3. La senda del Derecho: o tú tomas el camino rápido, y yo tomaré el camino más lento

El estilo elegante y aforístico de Holmes ha tentado a muchos lectores a asumir que ésta o aquella frase memorable de “The Path of the Law” encapsula el todo, pero descripciones resumidas como “la teoría de la predicción”, “la teoría del hombre malo”, o “la revuelta contra el formalismo”, e imágenes unidimensionales de Holmes simplemente como un precursor temprano del realismo jurídico o del enfoque de *law and economics*, como antiteórico, etcétera, no son realmente adecuadas a la profundidad ni a las complejidades internas de su Filosofía del Derecho.

⁵² AUSTIN, J. L., “How to Do Things With Words”, Harvard University Press, Cambridge, 1962, p. 7, n. 1 (existe traducción al castellano: “Cómo hacer cosas con palabras”, Paidós, Barcelona, 1991). Mis agradecimientos a William Widen por llevar esta nota a mi conocimiento.

⁵³ HOLMES, O. W., *American Law Review*, 1872, 6:723, reimp. en NOVICK (ed.), op. cit., vol. 1, 294-7; la cita es de la p. 295.

¿Complejidades internas –o contradicciones internas–? Las líneas de apertura de “The Path of the Law” parecen ser eminentemente prácticas y con los pies en la tierra: “Cuando estudiamos Derecho no estamos estudiando algo misterioso sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando aquello que necesitaremos para actuar ante los tribunales o aconsejar a la gente de forma tal de que se mantenga alejada del tribunal [...] El objeto de nuestro estudio [...] es [...] la predicción de la incidencia de la fuerza pública a través de su instrumentación en los tribunales” (“The Path of the Law”, p. 391 [55]). Sin embargo, las líneas de cierre de Holmes nos llevan mucho más lejos de las preocupaciones mundanas y prácticas acerca de cuándo podemos esperar que un alguacil toque a nuestra puerta: “estoy seguro de que la felicidad no puede alcanzarse únicamente siendo abogado de grandes compañías y teniendo unos ingresos de cincuenta mil dólares anuales. Una inteligencia suficientemente grande para conseguir el premio necesita otros incentivos distintos del éxito. Son los aspectos más generales y remotos del Derecho los que le confieren un interés universal. A través de ellos llegarán [...] a conectar su materia con el universo, y a captar un eco de infinito, un destello de su insondable proceso, un indicio del Derecho universal” (405-6 [p. 91]). Algunos pueden estar inclinados simplemente a ignorar estas oraciones concluyentes, o dejarlas de lado como nada más que una efusión vergonzosa de la *purple prose** de fines del siglo XIX; pero esto sería un error. Aquí hay una imagen más amplia, un cuadro más extenso en el cual el principio enérgicamente práctico de Holmes y su cierre visionario están integrados conjuntamente.

A medida que escala el empinado sendero desde las especificidades mundanas que preocupan al abogado en su oficina hacia las aspiraciones intelectuales del teórico del Derecho, los argumentos de Holmes comienzan de forma negativa. Su preocupación es disipar algunas ilusiones comunes: el Derecho, argumenta, no puede ser identificado con la moral; no trasciende las prácticas específicas de los muchos y muy variados sistemas legales; y tiene poca semejanza con un con-

* El término “*purple prose*” (“prosa florida”) se utiliza en inglés para hacer referencia a narraciones complejas por la abundancia de adjetivos, de adverbios, de sinónimos, etc.

junto de principios básicos o axiomas a partir de los cuales pueden ser deducidas las decisiones correctas.

Leyes injustas han sido aplicadas (*enforced*); y aunque términos como “deber”, “Derecho”, “malicia”, “intención”, etcétera, juegan un rol tanto en el discurso moral como en el jurídico, sus significados difieren en ambos contextos (ni toda demanda moral es legalmente exigida, o legalmente exigible). Por ende, para comenzar a obtener un punto de vista claro del Derecho como algo distinto de la moral necesitamos dejar firmemente a un lado las consideraciones éticas: Holmes aconseja tomar la perspectiva de un abogado dedicado a orientar a un hipotético cliente a quien no le importa aquello que es correcto, sino que sólo desea saber qué es legal. Así: “Si quiere conocer lo que es el Derecho y nada más que el Derecho, debes mirarlo como lo miraría un hombre malo, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como lo hace un hombre bueno, quien encuentra las razones para su conducta –se hallen o no en el Derecho– en las sanciones más vagas de su conciencia” (392 [p. 58]).

Cuando “nuestro amigo el hombre malo” (393 [p. 60]) consulta a un abogado, no se interesa en el Derecho en abstracto: él quiere saber cuál es el Derecho vigente en Massachusetts (o donde sea). Por otra parte, ya que las leyes (*statutes*), reglas y precedentes adolecen en algún grado de textura abierta y allí donde esto ocurre pueden ser interpretados de más de una manera, el hombre malo quiere saber no sólo qué dicen las leyes, sino cómo puede esperarse que los jueces las interpreten. Así: “Las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por «Derecho»” (393 [p. 60]). Por supuesto, se captura esta línea argumental en la descripción del enfoque de Holmes como “La teoría del Derecho como predicción”, y –en conjunto al poner el acento en el hombre malo– en la clasificación de Holmes como un protorrealista jurídico.

Los jueces tienden a presentar sus fallos y opiniones como si éstos fuesen deducciones a partir de principios generales –en “forma lógica”, como dice Holmes–; y a menudo se supone que la disidencia judicial debe ser una señal de que alguien ha cometido un error lógico. Sin

embargo, ésta es otra ilusión. Sin duda, la lógica tiene un lugar en el Derecho; aun así, un sistema jurídico es muy diferente de un conjunto de axiomas a partir del cual las decisiones correctas pueden ser deducidas⁵⁴. El disenso judicial es inevitable, porque los desacuerdos entre los jueces realmente giran no en torno a la validez o invalidez formal de sus argumentos, sino en torno a sus ideas sustancialmente diferentes sobre cuestiones políticas. Así: “El lenguaje de las decisiones judiciales es en gran parte el lenguaje de la lógica [...] (pero) detrás de la forma lógica subyace un juicio sobre el valor relativo y la importancia de los diversos fundamentos legislativos en competencia, un juicio que es a menudo inarticulado e inconsciente” (397 [p. 69]). Por supuesto, éste es el hilo argumental que se captura al clasificar el enfoque de Holmes bajo la rúbrica “la revuelta contra el formalismo”⁵⁵.

Ahora Holmes se puede mover a un nivel teórico-jurídico más alto, y presentar una explicación positiva del crecimiento y evolución del Derecho que va más allá del Derecho de Inglaterra en 1215 o del Derecho de Massachusetts en 1896⁵⁶. El primer lado de esta explicación positiva es histórico: el estudio inteligente de su historia ilumina las fuerzas que hicieron al Derecho actual de tal o cual forma. Sin embargo, algunas veces esto revelará que la fuente de una distinción legal o de una regla, etcétera, está fundada en circunstancias o procedimientos que ya no rigen, o que no hay una mejor garantía para una regla que aún aplicamos confiadamente que aquella según la cual las cosas han sido siempre hechas de este modo.

⁵⁴ Hay una discusión detallada de la concepción de Holmes sobre el rol de la lógica en el Derecho en BREWER, S., “Traversing Holmes’s Path toward Jurisprudence of Logical form”, en BURTON, S. J. (ed.), *“The Path of the Law” and Its influence: The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, ps. 94-132. Pero dejo estas complicaciones a un lado por ahora —espero ser capaz de regresar a ellas en otra ocasión— ya que no están directamente relacionadas con mis propósitos actuales. HAACK, S., “On Logic in the Law: Something, but not All”, en *Ratio Juris*, núm. 1, 20, 2007, ps. 1-31.

⁵⁵ WHITE, M. G., “Social Thought in America: The Revolt Against Formalism” (1947), Viking Press, New York, 1949.

⁵⁶ Elijo 1215 porque ésta fue la fecha de la Carta Magna, y del Cuarto Concilio de Letrán, que prohibió a los sacerdotes participar en las pruebas judiciales de las ordalías; y 1896 porque ésta fue la fecha de “The Path of the Law”.

Holmes da como ejemplo la doctrina del Derecho inglés donde “la alteración material de un contrato escrito hecha por una de las partes lo hace nulo para ella” (402 [p. 82]) *—id est*, no sólo uno no puede utilizar el escrito, sino que el contrato en sí mismo se cancela— una doctrina, Holmes argumenta, explicable sólo históricamente. Hubo una vez, específicamente en el caso de un acuerdo, en que el contrato era inseparable del pergamino en el cual se encontraba escrito; si el documento era destruido o el sello extraído, el acreedor no podía resarcirse porque el acuerdo ya no existía⁵⁷. Entonces, contrariamente a la tendencia general del Derecho, esta doctrina fue extendida de modo general a los contratos.

Sin embargo, Holmes insiste, “así es como siempre lo hemos hecho”, pero no es razón para continuar haciendo las cosas de la misma forma: “Subleva no tener una razón mejor para justificar una norma jurídica que la que fue establecida en la época de Enrique IV. Y subleva aún más si aquellos motivos por los que fue establecida han desaparecido hace tiempo” (399 [p. 75])⁵⁸. Y entonces la otra parte de la explicación positiva de Holmes es con visión de futuro: el estudio inteligente de “los fines que las diversas reglas (legales) buscan cumplir, las razones por las que tales fines son deseables, aquello a lo que renunciamos para obtenerlos y si valen el precio que pagamos por ellos” (404 [p. 87]) pueden iluminar cómo el Derecho en sí mismo puede adaptarse mejor a las nuevas circunstancias.

Al considerar cuán bien ésta o aquella interpretación de la ley cumple los fines que la justificaron, en primer lugar, tener la ley, Holmes insta a que los jueces miren las consecuencias sociales y económicas de sus decisiones: “Creo que los propios jueces no han reconocido

⁵⁷ Como hoy en día, no hay obligación de pagar si el cheque es destruido (una analogía que le debo a Jonnette Watson Hamilton).

⁵⁸ Comparar esto desde “Javins vs. First National Realty Corporation”, 428 F.2d 1071, 1 (1970): “El supuesto de una ley acerca de propietario e inquilino, derivada del Derecho de Propiedad Feudal, que un arriendo transmitía principalmente al inquilino un interés en la tierra puede haber sido razonable en una sociedad rural agraria [...] Pero en el caso de un residente de un departamento moderno, el valor de un arriendo consiste en que éste da un lugar donde vivir [...] Algunos tribunales se han dado cuenta de que algunas de las antiguas reglas de la ley propiedad que gobiernan los arriendos son inapropiadas para las transacciones de hoy en día”.

suficientemente su deber de sopesar las consideraciones de la utilidad social [...] No puedo sino creer que si la preparación de los abogados les llevara a analizar habitualmente de una manera más definida y explícita el beneficio social a la luz del cual ha de justificarse la norma que formulan, frecuentemente dudarían allí donde ahora están seguros y verían que realmente están tomando partido sobre cuestiones discutibles” (398 [ps. 72-73]). De ahí la máxima de Holmes según la cual “para el estudio racional del Derecho el buen conocedor de los textos puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de las estadísticas y el experto en economía” (399 [p. 75]) –que, por supuesto, es el hilo argumental capturado al ubicarlo como el precursor del movimiento de *law and economics*–.

Sin embargo, no es sólo la economía lo que Holmes tiene en mente, sino las ciencias sociales en general. También ilustra el rol de las consideraciones de la “utilidad social” cuando pregunta: “¿Disponemos de algo mejor que simples conjeturas ciegas para mostrar que el Derecho Penal en su forma actual provoca más beneficios que males?”, e insta a que los jueces miren el trabajo de los científicos sociales, quienes están comenzando a investigar si el delincuente “es un degenerado, llevado a estafar o matar por un instinto arraigado como una necesidad orgánica tanto como la que impulsa a la serpiente de cascabel a morder”, o bien si “el crimen, como cualquier otra conducta humana, es fundamentalmente una cuestión de imitación” (400 [p. 77])⁵⁹.

Ahora la senda desde las laderas rocosas de las palabras de apertura de Holmes a las alturas olímpicas de su peroración final alcanza una visión completa; y lo que parecía al principio como una desestimación pasajera de los análisis legales de Sir James Stephen –“el intento estéril de buscar la quintaesencia de todos los sistemas en lugar de diseccionar

⁵⁹ Aunque Peirce no se refiere a Holmes explícitamente, este pasaje del “Minute Logic” de 1902 sugiere que él debió haber tenido noticias del pensamiento de Holmes: “En cuanto a la fuerza pública, dejarla restringida a hacer lo que es necesario para el bienestar de la sociedad [...] El bárbaro castigo de una celda [...] en lo absoluto es favorable al bienestar público o privado. En cuanto a las clases criminales, yo las extirparía [...] al mantener a los criminales confinados en un lujo relativo, haciéndolos útiles, y previniendo la reproducción [...] (haciéndolos) autónomamente inofensivos para el Estado. El único gasto sería el perder nuestra querida venganza sobre ellos” (en HARTSHORNE, WEISS y BURKS [eds.], op. cit., 2.164).

fielmente uno de ellos” (403 [p. 86])– se muestra como una clara señal. Todos los sistemas jurídicos son locales, específicos de un lugar y de un tiempo; la idea de “el Derecho en sí mismo” es una ilusión. Como Holmes escribiría mucho después, como disidente en “Southern Pacific vs. Jensen”: “[e]l *common law* no es una omnipresencia perturbadora en el cielo sino la voz articulada de algún soberano o cuasisoberano que puede identificarse [...] es siempre el Derecho de algún Estado”⁶⁰. Por otra parte, cada sistema jurídico es un artefacto de la historia; todos han evolucionado, crecido, se han adaptado (y muchos han muerto) en respuestas a los cambios de las circunstancias, presiones y necesidades sociales.

Y esto significa que desde una perspectiva más amplia el Derecho –ahora entendido como referido a toda la historia acumulada y evolución en curso de los numerosos sistemas jurídicos del mundo– incluye el pasado y el futuro de la organización social de la humanidad; en resumen, de la civilización. Holmes regresa a este tema una y otra vez:

Si tu tema es el Derecho, los caminos están abiertos a la antropología, la ciencia del hombre, a la economía política, la teoría de la legislación, ética, y así por varios senderos a tu punto de vista final de la vida⁶¹.

¡Cuál es este tema en que estamos unidos, esta abstracción llamada Derecho, en la cual, como en un espejo mágico, vemos reflejadas no sólo nuestras propias vidas, sino las vidas de todos los hombres que han existido! [...] para el amante del Derecho [...] bastará no menos que una historia(:) la de la vida moral de su raza⁶².

Venero el Derecho [...] como uno de los más grandes productos de la mente humana [...] su título definitivo para reclamar respeto es que existe, que no es un sueño hegeliano (402 [p. 83]).

⁶⁰ “Southern Pacific vs. Jensen”, 244 U. S. 205, 222 (1917), Holmes disidente (el pasaje en el que figura no es completamente claro sobre este punto, pero de la manera en la cual lo leo, creo que Holmes debe estar contrastando “el Derecho de algún Estado” con el “el Derecho en general”, no con el “Derecho federal”).

⁶¹ HOLMES, O. W., “The Profession of the Law”, conclusión de una conferencia entregada a estudiantes de pregrado en Harvard, el 17-2-1886, en MARKE (ed.), op. cit., ps. 67-8.

⁶² HOLMES, “The Law” cit., p. 62.

Así es como el estudio del Derecho “se conecta con el universo” y puede incluso conceder “un indicio del Derecho universal” (406 [p. 91]).

Holmes comienza con una visión centrada y práctica del Derecho; y, comentando que bajo el nombre de teoría del Derecho hay “bastante material de baja calidad” (403 [p. 85]), se burla de la idea de una “quintaesencia de todo Derecho”. Aun así, no lo podemos clasificar como “pragmático”, en el sentido cotidiano actual de enfocarse en lo práctico a costa de lo teórico, ya que esto haría imposible acomodar sus declaraciones enfáticas sobre que “aquello que me ocupa es la teoría, no los detalles prácticos” (405 [p. 89]) y que “el Derecho no padece de un exceso de teoría sino más bien de su defecto” (404 [p. 87])⁶³. Sería más exacto decir que, mientras evita abstracciones que floten libre e inútilmente y respeta las preocupaciones prácticas del abogado litigante, Holmes aspira a nada menos que una concepción teórica comprehensiva del Derecho como institución humana en constante evolución.

Holmes insta al efecto potente de mirar el Derecho desde la perspectiva del hombre malo, reconociendo que esto “repugna a quienes desean introducir en el Derecho tanta ética como sea posible” (394 [p. 62]); insiste en que las cuestiones del Derecho no sean confundidas con las cuestiones morales, creyendo que los jueces están a menudo equivocados o autoengañados sobre las razones reales de sus decisiones; y recomienda que miren con clara visión (¿olfato duro?) las consideraciones de la “utilidad social”. Entonces, no es sorprendente que sea considerado como “uno de los más importantes precursores” del movimiento del realismo jurídico⁶⁴ —o que los realistas lo citaran más tarde una y otra vez—. En 1930, Karl Llewellyn escribió que “las reglas [...] son importantes siempre y cuando te ayuden a ver o predecir lo

⁶³ Comparar “El juez Holmes no sucumbe a la glorificación de moda pero tonta de la vida práctica sobre la teórica o contemplativa”: COHEN, M. R., “Justice Holmes”, en FRANKFURTER, F., *Mr. Justice Holmes*, Coward McCann, New York, 1921, ps. 21-32, y 23.

⁶⁴ Cito desde la introducción de los editores al primer capítulo, “Antecedents”, de William W. Fisher III, Morton J. Horwitz y Thomas A. Reed (eds.), en *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 3.

que los jueces harán o siempre y cuando te ayuden a hacer que los jueces hagan algo [...] Ésa es toda su importancia excepto como juguetes bonitos”⁶⁵; y, reconociendo la influencia de Holmes, que “el concepto de ‘regla real’ ha estado ganando el favor desde que fue puesta con claridad por primera vez por Holmes”. En este contexto –en una frase notablemente reminiscente de las críticas de Peirce acerca de las “dudas de papel” [*id est*, una duda fingida] en Descartes– Llewellyn contrasta las reglas “reales” con simplemente las reglas “de papel”⁶⁶; y en el mismo artículo, reflexionando sobre las interconexiones del Derecho y las ciencias sociales, él observa que “la mente de Holmes había recorrido todo el camino de dos generaciones atrás”⁶⁷. El mismo año, Jerome Frank describió a Holmes como “el jurista completamente adulto”⁶⁸.

Entonces, quizás sería justo clasificar a los realistas como “posholmesianos”. Aun así, es importante no olvidar que Holmes había capturado, al final de lo que Llewellyn piensa como su senda protorrealista, un poco del “punto de vista teórico comprensivo del Derecho como una institución humana en constante evolución” que mi lectura ha subrayado.

4. Tapando algunos baches en la senda del Derecho

Incluso si es plausible pensar que un abogado al aconsejar a su cliente el hombre malo está tratando de predecir lo que un juez decidirá, parece absurdo suponer que es esto lo que el juez mismo está haciendo (aunque, sin duda, puede tratar de predecir lo que un tribunal superior pudiera decidir si se apelara el caso). Ésta era la primera objeción que

⁶⁵ LLEWELLYN, K., “The Bramble Bush: Our Law and Its Study”, Oceana, Dobbsferry, 1930, p. 5.

⁶⁶ LLEWELLYN, K., “A Realistic Jurisprudence. The Next Step”, en *Columbia Law Review*, 1930, 30.4, ps. 431-65, y 448; PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 5.376 (1877). Hay otras numerosas referencias en los escritos de Peirce al contraste de duda de “papel” con “real” o “viviente”, pero ésta es la más temprana que he podido encontrar.

⁶⁷ LLEWELLYN, “A Realistic...” cit., p. 454.

⁶⁸ FRANK, J., “Law and the Modern Mind” (1930), Peter Smith, Gloucester, 1970, p. 270.

se me ocurrió; y, como descubrí posteriormente, había sido planteada antes por Hart⁶⁹ y, décadas antes, por Fisch⁷⁰. Pero ahora veo que puede evitarse leyendo a Holmes con un poco de caridad⁷¹. Tomar la perspectiva de un abogado y su cliente el hombre malo es un mecanismo heurístico⁷², una forma de destacar dos contrastes claves: entre Derecho y moral, y entre el Derecho en abstracto y el Derecho de Massachusetts de 1896 o la ley EC del 2005 en concreto. Destaca una perspectiva, la del hombre malo, desde la cual lo que importa no es qué es lo correcto, o cuál es la “voluntad del soberano”, o incluso simplemente qué dicen las leyes (*statutes*), etcétera, sino aquello que los tribunales, los cuales son el instrumento de la fuerza pública, determinarán como Derecho.

Un abogado también puede ser capaz de predecir que si el hombre malo conduce a 39 millas por hora en una zona con límite de 30 millas por hora no será sujeto de ninguna penalización; pero por supuesto esto no significa que el límite de velocidad *sea* (digamos) 40 millas por hora, y no 30. Por lo que Luban argumenta que la explicación de Holmes es “absurda”, desprovista de los hechos obvios que el análisis costo-beneficio de un hombre malo racional tomaría en cuenta sobre cuán probable es que una ley se aplique⁷³. Pero esta objeción también fracasa. Holmes le pide a su audiencia que imagine a un abogado aconsejando a un cliente sobre qué conducta es legal, no sobre qué conducta ilegal puede no ser detectada o castigada –ya que su propósito es, precisamente, destacar la distinción entre el *Derecho* y la moral– (quizás él habría dejado esto más claro si hubiese escrito

⁶⁹ HART, H. L. A., “The Concept of Law”, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 143.

⁷⁰ FISCH, “Justice Holmes...” cit., p. 8: “es inconcebible que en su trabajo como un juez [Holmes] debió haber pensado el Derecho como una predicción excepto con referencia a una posible apelación”.

⁷¹ Como, en efecto, Fisch lo hace cuando reconoce que Holmes está aquí pensando el Derecho desde el punto de vista de un abogado en ejercicio.

⁷² Después de haber escrito esta cláusula, encontré que Brewer también había usado la frase “mecanismo heurístico” en este contexto (ver BREWER, op. cit., p. 96); antes, David Luban había considerado esta interpretación pero la rechazó –me parece que por malas razones– (ver LUBAN, D., “The Bad Man and the Good Lawyer”, en 72 *New York University Law Review*, 1997, ps. 1547-83, y 1573).

⁷³ LUBAN, “The Bad...” cit., p. 1571.

las líneas pertinentes a la manera de la versión revisada, subjuntiva y más realista de la máxima pragmática de Peirce, en el modo subjuntivo, en términos de lo que los tribunales *decidirían* si fuera el caso que nos *presentásemos* ante ellos).

Quizás lo más importante es que críticas de este tipo se concentran en los primeros pasos de Holmes; mientras que lo más valioso, como yo lo veo, en “The Path of the Law” es aquel punto de vista mucho más amplio al que aquellos pasos finalmente conducen: una visión omniabarcativa, aunque no inútilmente abstracta; firmemente anclada en las instituciones y prácticas del mundo real –realista en el sentido ordinario de la palabra–, aunque no cínica; una visión antiesencialista al evitar la búsqueda de una mítica “quintaesencia de todo Derecho”, pero no antiteórica. Los sistemas jurídicos son locales⁷⁴ –uno casi que podría decir (pero no sin apreciar la ironía) esencialmente locales–; son, como la jerga de nuestros días lo consideraría, “socialmente contruidos”, marcados por las contingencias y curiosidades de las circunstancias de las que originalmente emergen, y a través de uno de los muchos mecanismos de “tira y afloja” (*Pushmepullyou*)* que funcionan cuando ellos continúan creciendo y adaptándose a las nuevas circunstancias. Y aun así... y aun así la historia en curso de la evolución de los sistemas jurídicos es la historia de la batalla larga e irregular de la humanidad hacia una vida social civilizada.

Sin duda, la integración de Holmes de lo específico y lo general, lo local y lo global, lo banal y lo inspirador, está lejos de ser perfecta. Pero es lo suficientemente buena para retribuir el esfuerzo de tratar de mejorarla para llenar algunos vacíos en los cuales parece tener “teoría insuficiente y no demasiada teoría” –especialmente donde, tal como está su argumento, parece presuponer de manera encubierta el

⁷⁴ Arthur R. Hogue escribe que “el propiamente llamado *common law* no es una costumbre local. No se habla ordinariamente como el uso de una localidad [...] tal como el condado de Kent [...] al cual se le permitió disfrutar hasta 1926 sus propias reglas peculiares de herencia”, pero más bien “aplicadas en cada parte del reino” (“Origins of the Common Law”, Indiana University Press, Bloomington, 1966; Liberty Fund, Indianapolis, 1986, ps. 187-8). Pero “aplicada en cada parte del reino” es local, en el sentido que pienso.

* Esta expresión refiere a un animal imaginario de la película “Dr. Doolittle”.

tipo de Filosofía del Derecho puramente abstracta y esencialista de la que de manera oficial, y en mi opinión correctamente, se abstiene—.

Holmes se mantiene alejado de cuestiones como “¿Qué es el Derecho?”, y las respuestas pretenciosamente inútiles que ellas son aptas para producir. Sin embargo, puede objetarse que cuando se refiere a “la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación de los tribunales” (391 [p. 55]), y asume que aquello que es relevante es qué pena impondrá un juez sobre el hombre malo, y no, digamos, qué penitencia impondrá su sacerdote o qué le harán los matones del jefe de la mafia local, Holmes implícitamente da por sentada una respuesta a esta cuestión en términos de, bueno, de instituciones legales. Pero hay otra forma de mirar esto, en mayor armonía con el tenor general de la Filosofía del Derecho de Holmes, que no invita al tipo de respuesta esencialista que prefiere evitar.

En el espíritu de la observación de Holmes, de que “la mayoría de las diferencias” son meramente diferencias de grado, “cuando se analizan de manera cuidadosa”⁷⁵, y del principio regulador que Peirce llamó “sinequismo” —que las hipótesis que proponen continuidades deberían preferirse sobre las hipótesis que se fían de dicotomías marcadas⁷⁶— sugiero mirar el continuo de los sistemas de las normas sociales desde las costumbres tribales y religiosas, tabús, reglas y penas a través de “ilegales órdenes legales” de las favelas de las cuales Boaventura de Sousa Santos escribe⁷⁷, hasta los casos más centrales y paradigmá-

⁷⁵ “Rideout vs. Knox”, 148 Mass. 368, 19 N. E. 390 (1889). La opinión de Holmes se reimprime en SHRIVER, H. C., “The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes: Constitutional Opinions, Selected Excerpts and Epigrams as Given in the Supreme Judicial Court of Massachusetts (1883-1902)”, Dennis and Co., Buffalo, 1940, ps. 162-6.

⁷⁶ PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 6.102-163 (1892); ver también HAACK, S., “Not Cynicism but Synechism: Lessons from Classical Pragmatism”, en *XLI.2 Transactions of the Charles S. Peirce Society*, primavera de 2005, ps. 239-52; también en MARGOLIS, J. y SHOOK, J. (eds.), *A Companion to Pragmatism*, Blackwell, Oxford, 2006, ps. 141-153.

⁷⁷ DE SOUSA SANTOS, B., “Toward a New Common Sense”, Routledge, New York, 1995, esp. ps. 158-249. De acuerdo a mis informantes brasileños, sin embargo, es el traficante de drogas quien mantiene el orden en las favelas, por lo que este caso está mucho más alejado del centro de la legalidad, y más cercano a mis ejemplos de sanciones impuestas por la mafia, que las descripciones que De Sousa Santos pueden

ticos de los sistemas jurídicos pasados y presentes, y los complejos, superpuestos y a veces conflictivos entramados de los órdenes legales provinciales, estatales y federales, y del Derecho nacional e Internacional [...] y así sucesivamente; y, más que preocuparse excesivamente por cuál califica como real y genuinamente jurídico, explorar los aspectos en los que ellos se parecen entre sí, y aquellos en los cuales son diferentes⁷⁸. Por supuesto, éste sería un trabajo arduo; aun así, creo que nos podría decir todo lo que realmente necesitamos saber, sin atraparnos en un callejón metafísico sin salida, como al que se tiende cuando se hace la antigua pregunta esencialista “¿Qué es el Derecho?”⁷⁹

Holmes insta a que los jueces pongan la mira en consideraciones de “ventaja social”, y específicamente en las consecuencias económicas de sus resoluciones; pero no parece decirnos dónde tales consideraciones se aplican o contra qué consideraciones de otro tipo han de sopesarse. No encuentro nada explícito en “The Path of Law” que distinga, digamos, incriminar a un hombre inocente para prevenir el pánico público porque hay un asesino serial suelto o reencarcelar a un predador sexual más allá de su condena para evitar que cometa

sugerir (en el libro no hay una entrada en el índice bajo las palabras “drogas” o “traficantes de drogas”; he sido incapaz de determinar si esto es porque las cosas eran diferentes en 1970, el año del estudio de De Sousa Santos del rol casi legal de la Asociación de Residentes en la favela que él llama “Pasargada”).

⁷⁸ Compare la estrategia adoptada en mi “Defending Science. Within Reason: Between Scientism and Cynicism”, Prometheus Books, Amherst, 2003, Cap. 6: más que preguntar si las ciencias sociales son *realmente* ciencias, explorando y tratando de articular las formas en que ellas son como las ciencias naturales, y las formas en que no lo son.

⁷⁹ El enfoque que estoy recomendando tiene mucho en común con algunas ideas expresadas por Llewellyn, quien escribe: “No intentaré una definición de Derecho [...] Un foco, un núcleo, un centro –con los aspectos y límites externos ilimitados–” (LLEWELLYN, “A Realistic...” cit., p. 432). Más recientemente, argumentando en contra del “centralismo legal” e instando a un enfoque “centrífugo” sobre uno “centrípeto”, Galanter ha sugerido mirar los muchos y varios medios no legales de establecer disputas como operando “a la sombra” del sistema jurídico concebido de modo estricto, que establece un marco para una negociación de las partes al entregar “monedas de cambio” (GALANTER, M., “Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law”, en *19 Journal of Legal Pluralism*, 1981, ps. 1-47, cit. en DAMASKA, M., *A Foreign Perspective on the American Judicial System*, en FETTER, T. J. [ed.], *State Courts: A Blueprint for the Future*, National Center for State Courts, 1978, ps. 237-42).

otros crímenes, de confiar en consideraciones sobre incentivos y cosas así para atribuir parcialmente responsabilidad a todos los fabricantes de cierto tipo de drogas cuando es imposible determinar cuál de ellos proveyó la droga que afectó a estos demandantes⁸⁰ (o atribuirle parcialmente responsabilidad a un fabricante aun cuando sabemos que no vendió la droga que lastimó a este demandante)⁸¹; tampoco, de modo más general, [no encuentro] nada que indique cómo Holmes ve consideraciones de economía o política social interactuando con consideraciones de libertad, justicia y equidad.

En efecto, ésta es la laguna que Benjamín Cardozo notó cuando preguntó:

¿Pensaríamos en la libertad como una constante, o mejor, como una variable que puede cambiar de época en época? ¿Se nos da su contenido mediante deducción de procedimientos inalterables, o por un proceso arduo de inducción en las circunstancias de tiempo y lugar? ¿Diríamos que las restricciones y experimentos serían permitidos si todo aquello que se afecta es la libertad para actuar, pero que los experimentos y las restricciones serían prohibidos si el resultado es una intrusión en la libertad de pensamiento y opinión? [...] No me atrevo a decir cómo Holmes respondería a estas dudas u otras como éstas...⁸²

⁸⁰ Por ejemplo, en casos DES (dietilestilbestrol), donde el daño —cánceres que fueron desarrollados por las hijas de las mujeres que habían tomado la droga durante el embarazo— no fue evidente hasta décadas después de la exposición de las mujeres. “Sindell vs. Abbott Laboratories”, 26 Cal. 3d 588, 612, 607 P. 2d 924, 937, 163 Cal. Repr. 132, 145 (1980) (sostuvo que “cada acusado será considerado responsable de la proporción de la sentencia representada por su participación en ese mercado a menos que demuestre que no pudo haber hecho el producto que causó el daño del demandante”). “Bichler vs. Eli Lilly & Co.”, 79 A. D. 2d 317, 329, 436, N. Y. S. 2d 625, 632 (1981) (sostuvo que “no fuerza un sentido de justicia el permitir una expansión limitada de la doctrina de acción concertada para cubrir el tipo de circunstancias enfrentadas en un caso de DES, en el cual los tradicionales requisitos de las evidencias en Derechos de Daños pueden ser insalvables”).

⁸¹ “Hymowitz vs. Eli Lilly & Co.”, 73 N. Y. 2d 487, 512, 539 N. E. 2d 1069, 1078, 541 N. Y. S. 2d 941, 950 (1989) (sostuvo que “no debería ser exculpado un acusado quien, aunque sea un miembro del mercado que produce DES para el uso durante el embarazo, parece no haber causado daño a un particular, al acusado”).

⁸² CARDOZO, B., “Mr. Justice Holmes”, introducción en FRANKFURTER, op. cit., ps. 1-20, y 6-7.

Como Cardozo, yo elegiría la opinión menos abstracta; y mi suposición (y sospecho que también la de Cardozo) es que Holmes haría lo mismo si lo presionaran. La preferencia de Holmes por el término vago “fuerza pública” sobre la “soberanía” de Austin apunta en esta dirección. Él alude a “las costumbres de los francos salios [...] los bosques germanos [...] a las necesidades de los reyes normandos” (399 [p. 75]), que nos recuerdan que, mientras “la voluntad del soberano” podía ser una vez construida como literalmente refiriéndose a la orden de los jefes tribales o reyes feudales, en sociedades modernas complejas hay solamente esa “fuerza pública” difusa y delegada expresada en las decisiones de tribunales federales, estatales, militares, administrativos e internacionales, y así sucesivamente.

De nuevo Peirce resulta de gran ayuda; esta vez, sin embargo, podemos recurrir a su concepción del desarrollo del significado. Pensando cómo, a medida de que nuestro conocimiento aumenta, los conceptos científicos se convierten en más profundos y densos (y algunas veces se despojan de connotaciones antiguas), el joven Peirce había observado “cuánto más significa hoy la palabra *electricidad* que en los días de Franklin; cuánto más quiere decir ahora el término *planeta* que aquello que significaba en el tiempo de Hiparco. Estas palabras han adquirido información”⁸³. Más tarde expresa un punto similar usando como ejemplo un tipo de concepto diferente y más relevante en lo inmediato: “Los símbolos crecen [...] Palabras tales como *fuerza*, *ley*, *riqueza*, *matrimonio*, aceptan significados muy diferentes para nosotros comparados con los que aceptaban para nuestros ancestros bárbaros”⁸⁴. Sí; y conceptos como *libertad*, *Derecho*, etcétera, llegan a ser más profundos, más espesos y más específicos (y algunas veces se despojan de antiguas adiciones) durante la larga batalla en curso de las disputas y objeciones y de las interpretaciones y reinterpretaciones jurídicas. Tales conceptos no son platónicamente fijos e incontestables, sino inicialmente estrechos y esquemáticos, inherentemente abiertos a lecturas más y menos expansivas, y a una especificación más fina, a una extrapolación más amplia⁸⁵.

⁸³ PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 7.587 (c. 1867). Las cursivas en “planeta” son mías.

⁸⁴ Íd., 2.302 (c. 1895).

⁸⁵ “De Hymowitz vs. Eli Lilly & Co.”, *supra*, n. 81, 507 (“las órdenes de justicia

Holmes concibe el Derecho como comprensivo de todos los muchos y variados sistemas jurídicos, pasados y presentes: recuérdese esa descripción de la historia de la evolución del Derecho como reveladora de “cada paso doloroso y lucha estremecedora por los que la humanidad ha peleado y hecho su camino desde el aislamiento salvaje a una vida social orgánica”⁸⁶; y observa que “un hombre puede vivir muy bien en el Derecho así como en otros lugares; allí, como en otros lugares, su mente puede encontrar su unidad en una perspectiva infinita...”⁸⁷ Ésta es una gran visión reminiscente de la concepción de Peirce sobre la ciencia como la larga batalla en curso de la comunidad de investigadores –la comunidad hipotética de todos aquéllos–, pasados, presentes y futuros, quienes han “asaltado la fortaleza de la verdad”, cada nueva ola escalando y encaramándose sobre aquellos que estaban detrás⁸⁸. Un año antes de “The Path of the Law” Holmes había escrito:

La procesión eterna (de generación tras generación de abogados, jueces y pensadores legales) continúa, nosotros al frente de momento; y extendidas contra el inalcanzable cielo, las puntas de lanzas negras del ejército que ha estado pasando en una línea inquebrantable por más de mil años⁸⁹.

Esto tiene más en común que una simple metáfora militar con la concepción de Peirce de la batalla humana para entender el mundo.

Sin embargo, mientras Peirce hace una conexión íntima entre verdad e investigación por medio de su concepción pragmaticista (*pragmaticist*) de la verdad, como la opinión final hipotética (*the hypothetical final opinion*) que se alcanzaría si la investigación continuara indefi-

y la imparcialidad en constante evolución, que son el corazón de nuestro sistema de *common law*, requieren la creación de un remedio para los daños causados por DES”) (énfasis agregado).

⁸⁶ HOLMES, “The Law” cit., p. 63.

⁸⁷ Cit. en DEWEY, J., “Justice Holmes and the Liberal Mind”, en FRANKFURTER, op. cit., ps. 33-45, y 35.

⁸⁸ PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 7.51 (sin fecha). La metáfora de la “fortaleza del conocimiento” es tomada y adaptada de John Locke.

⁸⁹ HOLMES, “Learning and Science”, discurso dado en una cena de la Harvard Law School Association en honor al prof. C. C. Langdell, 25-6-1895, en MARKE, op. cit., ps. 72-73.

nidamente, y la realidad como el objeto de esa opinión final⁹⁰, Holmes nos deja pensando acerca de cómo ve exactamente la evolución de los sistemas jurídicos como conectados con “la vida moral de la raza”.

Algunos críticos han sugerido que la actitud de Holmes hacia la relación entre el Derecho y la moral es simplemente inconsistente⁹¹. Sin embargo, es completamente consistente sostener (como Holmes lo hace) que el Derecho y la moral no pueden identificarse, que son conceptualmente distintos, que “Derecho moralmente malo y/o injusto” no es un oxímoron; y al mismo tiempo sostener (como Holmes lo hace) que puede haber una mayor o menor superposición en cuanto a extensión entre el Derecho y la moral, y que la evolución del Derecho puede constituir progreso en un sentido moral. Pero quizás los críticos tienen en mente, más bien, la aparente dificultad de conciliar la insistencia de Holmes de que “da por supuesto que ninguno de los oyentes malinterpretará lo que estoy diciendo desde el cinismo”, su descripción del Derecho como “el testimonio y el depósito externo de nuestra vida moral” (392 [p. 57]), y las indicaciones que, por “consideraciones de la utilidad social”, quieren decir algo como “promover el bienestar de la sociedad” antes que “favorecer los intereses de una determinada clase social”, con pasajes que sugieren que él piensa que el poder hace lo moralmente correcto (*might makes right*). No obstante, como lo

⁹⁰ Así que la verdad y lo real, como Peirce los define, son independientes de lo que tú, o yo, o cualquier individuo piensa que son; sin embargo, no lo son (independientes) de lo que la comunidad de investigadores cree que es el final de la investigación. También vale la pena notar que las definiciones de Peirce no intentan proporcionar ninguna garantía de estar dirigidas hacia un progreso estable o la convergencia de la verdad, o incluso ninguna garantía de que la verdad realmente fuera alcanzada.

⁹¹ Ver FULLER, L., “The Law in Quest of Itself” (1940), Beacon Press, Boston, 1966, p. 118; WHITE, op. cit., ps. 69-70; HART, H. M., “Holmes’s Positivism. An Addendum”, en *64 Harvard Law Review*, febrero de 1951, ps. 929-37, y 923. Para las primeras respuestas a esta crítica ver DE WOLFE HOWE, M., “Holmes’s Positivism. A Brief Rejoinder”, en *64 Harvard Law Review*, febrero de 1951, ps. 937-939, y 339; KELLOG, F. R., “The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy”, Greenwood Press, Westport, 1984, ps. 58-74.

entiendo, cuando Holmes escribe acerca de “escenarios [jurídicos] de una batalla en la que [...] la decisión sólo puede expresar la preferencia de un grupo determinado en un cierto tiempo y lugar” (397 [p. 70]), o de los intereses más poderosos de quienes ganan la batalla, quiere decir que un sistema jurídico es un foro en el cual los grupos sociales compiten por poner en orden sus conflictos *sin recurrir a la fuerza bruta*. Por lo que podría ser más exacto ver la concepción de Holmes sobre la evolución del Derecho como torpes pasos en el camino hacia una vida social más civilizada como manifestación de un tipo de “mejorismo”.

Pero ahora comienza a parecer que el problema con el punto de vista de Holmes sobre la relación entre el Derecho y la moral no es una inconsistencia sino –irónicamente, dado que a veces se lo acusa de escepticismo moral– una tendencia a confundir la tesis débil y plausible de que el crecimiento de los sistemas jurídicos refleja la evolución de la vida social humana, rastreando los pasos morales hacia adelante y *hacia atrás*, con la tesis mucho más fuerte y menos plausible de que la historia del Derecho es una historia del *progreso* moral.

En sus trabajos tempranos sobre “Primitive Notions in Modern Law”⁹², así como también en el primer capítulo de “The Common Law”, Holmes apunta a las formas en que un deseo primitivo de venganza, que considera como la base general del Derecho, ha sido gradualmente modificado y adaptado con el desarrollo de la civilización. Como “un ejemplo instructivo del modo en que el Derecho ha crecido [...] desde la barbarie a la civilización”, Holmes se refiere a leyes que ordenan que un esclavo o un buey que lastime a alguien sea lapidado o entregado por el actual propietario a la víctima o su familia, o a la disposición de las Doce Tablas de la ley romana de que un deudor insolvente sea cortado en pedazos y su cuerpo dividido entre sus acreedores⁹³; y

⁹² HOLMES, O. M., “Primitive Notions in Modern Law”, en *X The American Law Review*, abril de 1876, ps. 422-39; “Primitive Notions in Modern Law II”, en *XI The American Law Review*, julio de 1877, ps. 641-660. Estas conferencias están reimpresas en KELLOG, op. cit., ps. 129-46 y 147-66.

⁹³ “Lecture I: Early Forms of Liability”, en “The Common Law”, 1881, en NOVICK (ed.), op. cit., vol. 3, ps. 109-324 y 115-34. La disposición relevante de las Doce Tablas es III.2; ver <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/12tables.html> (a pri-

luego describe las formas en que tales leyes cambiaron gradualmente y se convirtieron en leyes más racionales: “cuando las reglas antiguas se mantienen [...] nuevas razones más apropiadas al tiempo se encuentran para ellas, y [...] reciben gradualmente un nuevo contenido, y finalmente una forma nueva desde las bases a las que han sido trasplantadas (*transplanted*) [...] Si la verdad no fuese a menudo sugerida por error, si los implementos antiguos no pudiesen ajustarse a los nuevos usos, el progreso humano sería lento”⁹⁴. Esta última observación, como esa frase “de la barbarie a la civilización”, sugiere fuertemente que Holmes asume que la evolución del Derecho es un proceso progresivo.

En parte, quizás, esté pensando que cualquier medio pacífico de solución de controversias es mejor que su alternativa y, además, que algún tipo de orden jurídico estable y predecible es necesario para cualquier tipo de vida civilizada; pero obviamente ninguna de estas proposiciones es suficiente para establecer que el desarrollo del Derecho es siempre hacia lo moralmente mejor. En un discurso de 1913 Holmes observa que “[e]n el Derecho es una desgracia si un juez indica su simpatía consciente o inconsciente con una parte o la otra de manera prematura, y si olvida que los que parecen ser los primeros principios son vistos por la mitad de sus pares como equivocados”⁹⁵. Holmes repudia la idea de axiomas o primeros principios morales descubiertos *a priori*; pero, de la manera en que lo leo, no es un escéptico moral, sino un falibilista moral que piensa de la ética de un modo empírico y experimental. Por tanto, uno podría pensar en observar la filosofía moral de James –quizás notando su afinidad con la concepción de Holmes de “sopesar las consideraciones de la utilidad social” en términos de acomodar las demandas en competencia de los diferentes grupos en la sociedad– para una explicación teórica más articulada que pueda entregar el argumento faltante.

mera vista, estas “Tablas” pueden lucir muy parecidas a un conjunto de “axiomas” legales, pero en un segundo vistazo la idea de que cada decisión legal específica pueda ser deducida de estos axiomas parece como mínimo inverosímil).

⁹⁴ “The Common...” cit., p. 135.

⁹⁵ HOLMES, O. M., “Law and the Court”, discurso dado en una cena de la Harvard Law School Association of New York, 15-2-1913, en MARKE, op. cit., ps. 64-6, y 65.

En “The Moral Philosopher and the Moral Life” James había argumentado que, ya que cada deseo formula un planteo moral, una tarea de la filosofía moral es, tanto como sea posible, conciliar los deseos en competencia: “Lo realmente posible en este mundo es mucho más estrecho que todo lo que es demandado; y siempre hay un pellizco entre lo ideal y lo real, que sólo consigue ser superado dejando atrás parte del ideal”⁹⁶. Y Dewey, en efecto, amplifica y refina la explicación de James cuando cambia el foco desde qué es de hecho deseado a qué es realmente *deseable*, genuinamente conducente al florecimiento humano; y, por cierto, no por casualidad, argumenta que las condiciones económicas no han de ser despreciadas como “meros” medios, sino que deben ser tomadas seriamente como elementos importantes en “la construcción del bien”⁹⁷.

Pero incluso asumiendo que un estilo empírico experimental de filosofía moral tal como el de James o Dewey sea defendible –lo que ciertamente no es algo que puedo esperar establecer aquí, sino una pregunta que demandaría una vida entera– todavía podría no haber garantía teórica de que la evolución de los sistemas jurídicos deba ser moralmente progresiva; no en cada paso, y ni siquiera por lo general y en su conjunto y en el largo plazo. Fuera de aquellos sueños hegelianos a los que Holmes alude despectivamente, no puede haber *ninguna* garantía de que le sea negado el acceso al sistema de justicia a alguna clase o clases de gente, en principio o en la práctica, y no puede haber *ninguna* garantía de que le sea negada alguna voz en el proceso por el cual se hacen las leyes; no puede haber *ninguna* garantía en contra de la evolución de sociedades opresivas, totalitarias ni de leyes totalitarias y opresivas, y no puede haber *ninguna* garantía en contra del estancamiento o la disminución de la vida social civilizada.

En 1924, en el transcurso de su primer intento (con la ayuda de un diccionario inglés-alemán) para leer el primer volumen del *tour de force* extraordinario, visionario y exasperantemente retórico de Oswald

⁹⁶ JAMES, W., “The Moral Philosopher and the Moral Life” (1891), en BIRD, G. (ed.), *Selected Writings: William James*, Dent, London; Everyman, Rutland, 1995, ps. 298-319 y 310-311.

⁹⁷ DEWEY, J., “The Construction of Good”, en *The Quest for Certainty* (1929), Capricorn Books, G. P. Putnam’s Sons, New York, 1960, ps. 254-86, esp. 282-3.

Spengler, “The Decline of the West”⁹⁸, Holmes escribió a Pollock: “cuando uno sospecha que un hombre sabe algo acerca de la vida que no ha escuchado antes, se inquieta [...] hacía mucho que no obtenía tanto de un libro como éste, y si escucho que el canalla está muerto le debería agradecer a Dios”⁹⁹. En 1932, después de haber leído ambos volúmenes traducidos, escribió nuevamente: “el maldito Spengler [...] tiene la cabeza tan hinchada como un hombre la puede tener y seguir con vida, pero la bestia tiene ideas, muchas de las cuales no las conozco lo suficiente como para criticarlas. Desearía que estuviese muerto”¹⁰⁰. Las ideas centrales y esenciales de la “bestia”, por supuesto, eran que todas las civilizaciones suben y caen, y que la civilización occidental estaba en ese entonces en decadencia. A pesar de todas sus fallas intelectuales, por todos sus excesos retóricos, el libro de Spengler debe haber sido profundamente inquietante para la esperanza de Holmes acerca de que la evolución del Derecho siga la pista de no sólo “la vida moral de la raza”, sino del avance de la civilización, del progreso moral. Quizás esto explique la reacción sorprendentemente ambivalente de Holmes, su reconocimiento a regañadientes de que él había aprendido algo del “maldito Spengler” –el canalla–.

5. Teoría y práctica: el magistrado Holmes

No creo que Holmes tratara de proveer un procedimiento de decisión (*decision procedure*) para los jueces. Puesto que su Filosofía del Derecho se funda en la percepción de que los sistemas jurídicos son locales, no sería apropiado que aspire a decir cómo debería decidir (o debería haber decidido) un juez aquí y ahora (o allá y después) para

⁹⁸ SPENGLER, O., “Der Untergang des Abendlandes”, Braumiller, Vienna, 1918-1922, 2 vols.; traducción al inglés por ATKINSON, C. F., “The Decline of the West”, Knopf, New York, 1926, p. 8 (existe traducción al castellano de MORENTE, M. G., “La decadencia de occidente: bosquejo de una morfología de la historia universal”, Espasa Calpe, Madrid, 2009). Entre los muchos exasperantes encantos de este libro está el despliegue cronológico de la historia de casi todas las cosas al final del segundo volumen –que predice, entre otras cosas, el año en que la ciencia llegará a su fin: 2000 (!)–.

⁹⁹ Holmes to Pollock, del 18-7-1924, en DE WOLFE HOWE (ed.), op. cit., p. 139.

¹⁰⁰ Holmes to Pollock, del 15-5-1932, en DE WOLFE HOWE (ed.), op. cit., p. 309.

un caso; ya que las decisiones judiciales son aptas para ser enfocadas en cuestiones específicas a un tiempo, lugar, historia legal y contexto social. Mientras que algunos pueden tomar su fracaso para suministrar tal procedimiento de decisión como una objeción a la Filosofía del Derecho de Holmes, yo no lo hago. Al echar un vistazo a la lista de más de mil opiniones de Holmes, lo que me impresiona es, primero, la gran variedad y la estrecha especificidad de los asuntos involucrados —el poder de la Legislatura de Massachusetts para conceder a las mujeres sufragio¹⁰¹; la renovación de los recursos extinguidos por un lapso de tiempo¹⁰²; el derecho de la Legislatura para limitar la altura de las cercas perimetrales¹⁰³; el derecho del Estado a matar caballos enfermos¹⁰⁴; la doctrina de *attractive nuisance**-¹⁰⁵; la constitucionalidad de las leyes que restringen las horas de trabajo¹⁰⁶, etcétera, etcétera, etcétera—, y luego la casi imposibilidad de entender los argumentos de Holmes sin referencia al contexto jurídico y a las circunstancias sociales en las cuales surgen.

Sin embargo, dos temas que son recurrentes en las opiniones constitucionales de Holmes pueden tener una relación indirecta en mi interpretación de “The Path of the Law”. El primero es que mientras la Constitución hunde sus raíces en el pasado, se concibe para un futuro desconocido, como Holmes escribió en “Gompers”:

Las disposiciones de la Constitución no son fórmulas matemáticas que tienen su esencia en su forma; son instituciones orgánicas vivas [...] Su

¹⁰¹ *In re* “Municipal Suffrage to Women”, 160 Mass. 586, 36 N. E. 488 (1894); la opinión de Holmes se reimprime en SHRIVER (ed.), op. cit., ps. 6-9.

¹⁰² “Dunbar vs. Boston and Providence R. R. Corp.”, 181 Mass. 383, 63 N. E. 916 (1902); la opinión de Holmes se reimprime en *id.*, ps. 44-47.

¹⁰³ “Rideout vs. Knox”, 148 Mass. 368 (1889); “Smith vs. Moore”, 148 Mass. 407, 19 N. E. 393 (1889); la opinión de Holmes se reimprime en *id.*, ps. 167-8.

¹⁰⁴ “Miller vs. Horton”, 152 Mass. 540, 26 N. E. 100 (1891); la opinión de Holmes reimprime en *id.*, ps. 171-80.

* Éste es un término legal que refiere a algo que es peligroso pero al mismo tiempo atractivo, como una piscina de agua contaminada que parece un buen lugar para nadar.

¹⁰⁵ “United Zinc and Chemical Co. vs. Britt”, 258 U. S. 268 (1922). Sobre el concepto de “*attractive nuisance*”, comparar “Sioux City & Pac.”, R. R. Co. V. Sout, 84 U. S. 657 (1873); “Union Pac. Ry. Co. vs. MacDonald”, 152 U. S. 262 (1894); “Erie R. Co. vs. Hilt”, 247 U. S. 97 (1918).

¹⁰⁶ “Lochner vs. New York”, 198 U. S. 45 (1905).

significado es vital, no formal; ha de ser entendido no simplemente tomando las palabras y un diccionario, sino considerando su origen y su línea de desarrollo¹⁰⁷.

Y en “Missouri vs. Holland” expresó:

Cuando tratamos con palabras que son también un acto constituyente, como la Constitución de los Estados Unidos, debemos darnos cuenta de que han llamado a la vida a un ser cuyo desarrollo no podría haber sido previsto completamente ni por el más dotado de sus creadores. Fue suficiente para ellos darse cuenta o tener la esperanza de que habrían creado un organismo; ha tomado un siglo y le ha costado a sus sucesores mucha sangre, sudor y lágrimas probar que han creado una Nación. El caso ante nosotros debe ser considerado a la luz de toda nuestra experiencia y no meramente de lo que fue dicho hace cien años atrás¹⁰⁸.

El segundo tema es que la Constitución deja abierta la posibilidad del experimento, del ensayo y error¹⁰⁹. Este tema se expresa de manera particularmente clara en la disidencia de Holmes en un caso de piquetes como medida complementaria a una huelga en 1921, “Truax vs. Corrigan”:

No hay nada que desprecie más que el uso de la Decimocuarta Enmienda más allá de la absoluta coacción de sus palabras para impedir la realización de experimentos sociales que una parte importante de la comunidad desea, en los despachos aislados solventados por varios Estados, incluso aunque los experimentos pudiesen parecer fútiles o incluso nocivos para mí¹¹⁰.

Por supuesto, se escuchó el mismo tema, muchos años antes, en una de las opiniones más celebradas de Holmes, su disidencia en “Lochner” (1905). La mayoría había declarado la inconstitucionalidad de la legislación que limitaba las horas de trabajo de los panaderos a no más de 10 al día o 60 a la semana: “necesariamente interfiere con los

¹⁰⁷ “Gompers vs. United States”, 233 U. S. 604, 610 (1914).

¹⁰⁸ “Missouri vs. Holland”, 252 U. S. 416, 433 (1920).

¹⁰⁹ Uno podría desear que Holmes hubiese dicho más sobre cómo es determinar si los experimentos de los Estados han sido exitosos o han fracasado, y sobre qué debería hacerse después que hemos aprendido de ellos.

¹¹⁰ “Truax vs. Corrigan”, 257 U. S. 312, 344 (1921). En la misma opinión disidente, Holmes escribe que “la exactitud delusiva es una fuente de falacia en todo el Derecho” (342).

derechos del contrato entre el empleador y el empleado”¹¹¹. El magistrado Harlan, junto a los magistrados White y Day, argumentaron en su disidencia que “la libertad de contratación puede [...] estar sujeta a regulaciones [...] para resguardar la salud pública”, y que el trabajo de panadero era tan extenuante, arduo y polvoriento que la restricción de las horas era justificable sobre las bases de la salud pública. Pero en el voto disidente de Holmes no sólo observamos que “[u]n hombre razonable pudiese pensar que es una medida apropiada por un motivo de salud”; también enfatiza la libertad de los Estados para experimentar¹¹²:

Este caso se decide en base a una teoría económica en la que gran parte del país no cree. Si la cuestión se tratara sobre si concuerdo con esa teoría, desearía estudiarla más a fondo antes de tomar una decisión. Pero no concibo que ése sea mi deber, porque creo firmemente que mi acuerdo o desacuerdo no tiene nada que ver con el derecho de una mayoría de plasmar sus opiniones en la ley [...] Una Constitución no pretende incorporar una teoría económica en particular [...] Se hace para personas con visiones fundamentalmente diferentes¹¹³.

No creo que sea excesivamente extravagante ver este tema como teniendo alguna conexión con (aunque obviamente no esté implicado por) la concepción del Derecho de Holmes como un foro para resolver las luchas inevitables entre grupos sociales de una forma pacífica –ni, probablemente, como algo también vinculado con su experiencia personal de los horrores de la guerra civil¹¹⁴–.

¹¹¹ “Lochner”, *supra*, n. 106, 541.

¹¹² Sin embargo, puede resultar importante señalar que en “Missouri vs. Holland” Holmes había escrito que mientras “no hay duda de que el gran cuerpo de relaciones privadas usualmente cae dentro del control del Estado [...] un tratado puede anteponerse a su poder” (*supra*, n. 108, 434).

¹¹³ “Lochner”, *supra*, n. 106, 546. Noto que aquí Holmes *no* confía, como uno podría esperar –y como sus seguidores y disidentes lo hacen–, en su evaluación de las consecuencias sociales y económicas de las resoluciones (*ruling*) de una forma u otra. También noto la observación, más tarde en su disidencia, de que “las proposiciones generales no deciden casos concretos. La decisión dependerá de un juicio o institución más sutil que de cualquier premisa mayor articulada” (547).

¹¹⁴ Holmes sirvió por tres años en el Ejército de la Unión. En los primeros dos años como teniente en la Vigésima Infantería de Voluntarios de Massachusetts, “fue herido tres veces (en Ball’s Bluff, Antietam, y Fredericksburg), dos veces casi fatal-

Al final de su larga vida, el magistrado Holmes, el “Yanqui del Olimpo”¹¹⁵, estaba en lo alto de la estima del público. Un volumen que celebra su cumpleaños número noventa (el volumen en el cual Cardozo planteó su importante pregunta sobre la fijeza o flexibilidad de los conceptos jurídicos) incluyó un notable tributo de Dewey titulado “Justice Holmes and The Liberal Mind”. Aunque Holmes no tenía “una panacea social para repartir, un programa social establecido ni un código de metas fijas”, Dewey escribió, estaba profundamente comprometido con el “liberalismo como un método [...] la adopción de la mentalidad científica en su aplicación a los asuntos sociales”; que él como juez adoptara la actitud mental de un científico en contextos legales restringidos, de ninguna forma disminuyó el valor de su trabajo “como un modelo de mentalidad liberal en el actuar”¹¹⁶. En 1935, cuando Holmes murió, el *New York Times* lo describió como “el líder liberal del Tribunal Supremo por 29 años”¹¹⁷.

Sin embargo, desde entonces muchos han llegado a considerar la reputación de Holmes como innecesaria –un triunfo de un estilo literario magnífico sobre una sustancia judicial miserable– y a criticar sus opiniones judiciales como conservadoras, cerradas, ignorantes, o peores¹¹⁸. Entre 1941 y 1943, una serie de artículos relacionaron la filosofía de

mente, y sufrió de disentería” (NOVICK, S., “A Brief Biography of Justice Holmes”, en NOVICK [ed.], “The Collected...” cit., ps. 8-17, y 9). También puede ser útil señalar que en “Buck vs. Bell”, 274 U. S. 200, 207 (1927) su opinión más notoria: Holmes escribe que el sacrificio solicitado de Carrie Buck, la mujer supuestamente retardada a la que el Estado de Virginia deseaba haber esterilizado, no es tan grandioso comparado con lo que se pide de aquellos a quienes están obligados a morir por su país.

¹¹⁵ Aludo, por supuesto, a la vida novelada de Holmes de DRINKER BOWEN, C., “Yankee from Olympus”, Atlantic/Little Brown, Boston, 1944. La obra de teatro de Emmett Lavery basada en la novela, y la subsecuente película, son tituladas “The Magnificent Yankee”.

¹¹⁶ DEWEY, “Justice Holmes...” cit., ps. 34-5. Ver también TUFTS, J., “The Legal and Social Philosophy of Mr. Justice Holmes”, en *7 American Bar Association Journal*, 1921, p. 359; y POUND, R., “Judge Holmes’s Contributions to the Science of Law”, en *34 Harvard Law Review*, 1921, ps. 449-500.

¹¹⁷ *The New York Times*, 6-3-1935, Sec. 1, p. 1, cols. 2-3.

¹¹⁸ La historia (*story*) se cuenta bien en WHITE, G. E., “The Rise and Fall of Justice Holmes”, en *39 The University of Chicago Law Review*, 1971, ps. 51-77, la que es mi fuente para alguna de la información en éste y párrafos previos.

Holmes con el totalitarismo¹¹⁹; en 1945, Ben Palmer popularizó estas críticas en el *American Bar Association Journal* bajo el título “Hobbes, Holmes, and Hitler”¹²⁰. En 1950, un artículo en el *Boston American* describió a Holmes como un “cínico y senil brutalitario”¹²¹. Más recientemente, en 1997, Louise Weinberg escribió sobre la “nimiedad” del trabajo judicial de Holmes¹²²; y cuando, en el año 2000, Albert Alschuler preguntó: “¿Habrías querido a Holmes como amigo?”¹²³, era obviamente una pregunta que esperaba la respuesta: “¡absolutamente no!”

A quién uno hubiese querido como amigo no es realmente el punto. Aun así, es una pregunta intrigante. Reflexionando sobre esto, sospecho que podría haber encontrado a Holmes *muy* olímpico para mi gusto; como, parece, que James eventualmente llegó a encontrarlo¹²⁴, no sor-

¹¹⁹ LUCEY, F., “Jurisprudence and the Future Social Order”, en *16 Social Science*, 1941, ps. 211-217; FORD, J., “The Fundamentals of Holmes’s Juristic Philosophy”, en *11 Fordham Law Review*, 1942, ps. 255-278; GREGG, P., “The Pragmatism of Mr. Justice Holmes”, en *31 Georgetown Law Journal*, 1943, ps. 262-295.

¹²⁰ PALMER, B. W., “Hobbes, Holmes, and Hitler”, en *31 American Bar Association Journal*, 1945, ps. 569-73.

¹²¹ PEGLER, W., “Fair Enough”, en *Boston Evening American*, 18-12-50, ps. 34, 35 y 45 (en la p. 34, Pegler escribe que “*The Harvard Law Review* ha investigado la fecha del ensayo en que yo me referí a Oliver Wendell Holmes como un cínico y senil brutalizado. Déjenlos buscar. Yo no pienso en que me agraden”. No sé si *The Harvard Law Review* tuvo éxito, pero no he sido capaz de localizar el ensayo al que él se refiere). En la primera página de su biografía, titulada “Pegler, Angry Man of the Press” (c. 1963: Greenwood Press, Westport, 1973), después de reportar que Pegler fue galardonado con un Premio Pulitzer y que tuvo “un ingreso que excedía al ingreso del presidente de los Estados Unidos”, Oliver Pilat tranquiliza a los lectores con que “a pesar de las frecuentes insinuaciones de que estaba desequilibrado (Pegler) era sano según los estándares médicos y legales ordinarios”.

¹²² WEINBERG, L., “Holmes’s Failure”, en *96 Michigan Law Review*, diciembre de 1997, ps. 691-723, y 691. No tan incidentalmente, Weinberg lee “The Path of the Law” simplemente como “un manifiesto de realismo jurídico americano” (p. 696).

¹²³ ALSCHULER, A. B., “Law without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes”, University of Chicago Press, Chicago, 2000; la cuestión es el título de su Cap. 3.

¹²⁴ Aunque, en algún momento, ellos fueron amigos cercanos, sólo unos pocos meses después James le había escrito a Holmes como “mi muchacho Wendly”, él se estaba quejando de que el “modo lógico y ordenado de pensar” de Holmes lo hacía sentir incómodo cuando estaba con él; y un año después o más, le escribió a su

prendentemente ya que James manifiesta un compasivo entendimiento por las debilidades humanas, y por el sufrimiento causado a algunos individuos incluso por las instituciones sociales más benignas, que en ninguna parte se ha encontrado en Holmes; por ejemplo, esto de “The Moral Philosopher and the Moral Life”:

El pellizco está siempre aquí. Bajo todo sistema de reglas morales hay innumerables personas reprimidas sobre las que pesa, y bienes que sojuzga; en el fondo (*background*) éstos están siempre murmurando y gruñendo [...] Vean los abusos que la institución de la propiedad privada encubre [...] la anónima e innumerable melancolía que la tiranía, en su conjunto tan benéfica, de la institución del matrimonio trae a muchos [...] el fracaso al por mayor de las oportunidades bajo nuestro régimen, llamado supuestamente de igualdad e industrialismo [...] Vean nuestra bondad para con el humilde y el marginado, cómo se enfrenta de manera rigurosa con la erradicación de lo que hasta ahora ha sido la condición de toda perfección en la raza. Vean en todas partes la batalla y la presión (*the struggle and the squeeze*)¹²⁵.

“Desapego”: ésta es la palabra de Rosal Yogat para lo que encuentra perturbador sobre Holmes, el hombre¹²⁶; y quizás es la palabra más exacta.

Cuando uno se vuelve hacia las controversias sobre la práctica judicial de Holmes, la primera conjetura que viene a la mente es que sus admiradores se están enfocando simplemente en opiniones diferentes de las que acaparan la atención de sus detractores: los admiradores, probablemente, se enfocan en sus opiniones disidentes en casos como “Lochner” y “Abrams” (donde, en una defensa memorable sobre el derecho de la libertad de expresión, Holmes protestó por la impo-

hermano Henry sobre “la sangre fría, deliberado egoísmo y arrogancia” de Holmes. La primera cita es de una carta de James a Holmes con fecha 3-1-1868, en PERRY, R. B., “The Thought and Character of William James, 1”, Little, Brown, Boston, 1935, p. 508; la segunda es de una carta de James a Holmes con fecha 15-5-1868, en *íd.*, p. 514; y la tercera es de William a Henry James de fecha 2-10-1869, en *íd.*, p. 307. Mi fuente es ALSCHULER, *op. cit.*, ps. 36 y 216-7.

¹²⁵ JAMES, *op. cit.*, ps. 313-4 (digo que esto no está “en ninguna parte” en Holmes, pero por supuesto habría sido más exacto decir: “para mi comprensión, en ninguna parte...”)

¹²⁶ YOGAT, R., “Mr. Justice Holmes: Some Modern Views”, en *31.2 University of Chicago Law Review*, 1964, ps. 213-56.

sición de una condena de veinte años por la publicación de “dos panfletos que creo que los acusados tenían tanto derecho en publicar así como el Gobierno tenía de publicar la Constitución [...] ahora vanamente invocada por ellos”¹²⁷); mientras los detractores se enfocan en sus decisiones en los casos como “Britt”¹²⁸ e, invariablemente, “Buck vs. Bell”, con esa memorable línea sombría: “[t]res generaciones de imbéciles son suficientes”¹²⁹. Aun así, dado que Frankfurter la cita de “Buck vs. Bell”, incluyendo esta misma línea, en el curso de su ensayo en admiración de “Justice Holmes and the Constitution”¹³⁰, ésta no puede ser toda la historia. Los defensores de Holmes argumentan que los críticos ignoran injustamente las vastas diferencias entre las circunstancias de su tiempo y nuestros días¹³¹; sus críticos señalan, en respuesta, que Holmes a veces estaba en desacuerdo con sus colegas más progresistas en el Tribunal.

No me voy a enredar en estas controversias, pero sugeriré que una parte del problema es que desde que Dewey escribió su tributo ha habido un cambio significativo no sólo en la extensión, sino que aparentemente también en el significado de la palabra “liberal” (*liberal*). Evidentemente, aquello que Dewey tenía en mente al llamar a Holmes un gran liberal fue su disposición a permitir a los Estados hacer experimentos sociales. Sin embargo, mientras hoy en día el resultado que Holmes favoreció en “Lochner” sería pensado como liberal, su razonamiento probable sería percibido como conservador, como antiliberal¹³². Sospecho que hay una fascinante trama

¹²⁷ “Abrams vs. United States”, 250 U. S. 616, 629 (1919).

¹²⁸ “Britt”, *supra*, n. 105, 268.

¹²⁹ “Buck vs. Bell”, 274 U. S. 200, 207 (1927).

¹³⁰ FRANKFURTER, F., “Justice Holmes and the Constitution”, en FRANKFURTER (ed.), “Mr. Justice...” cit., ps. 46-119, y 99.

¹³¹ Puede ser valioso señalar que la decisión en “Buck vs. Bell” tiene menos de dos páginas de largo, y que sólo un juez discrepó con ella. De acuerdo a WILL, G., “A Debate that Does not End”, en *Newsweek*, 4-7-2005, p. 60, en 1935, treinta y cinco Estados tenían leyes de esterilización forzosa (él no da referencias, por supuesto, y aún no he sido capaz de confirmar o no su figura). Ver también: HAACK, S., “Pragmatism, Law, and Morality: The Lessons of «Buck vs. Bell»”, en *European Journal of Pragmatism and American Philosophy III*, núm. 2, 2011, ps. 65-87.

¹³² Muy recientemente, disintiendo con la mayoría en un caso reciente de la Corte Suprema sobre el uso médico de la marihuana, el magistrado Thomas –no exactamente considerado como liberal– escribe: “Como California, la mayoría de los Estados se

lingüística, legal, social e histórica para ser contada respecto de cuándo y cómo este cambio tomó lugar¹³³, y acerca del proceso mucho más grande del cual probablemente es parte, un gran proceso en el cual comprensiones más antiguas de *Derecho*, *libertad*, etcétera, han sido impugnados y expandidos una y otra vez (y sin duda, también, una fascinante trama psicofilosófica acerca de por qué Holmes, a diferencia de Cardozo, no alcanzó a prever nada de todo esto). No obstante, contarlas está más allá de mi capacidad actual; y de todas formas, es tiempo de regresar a los asuntos sobre el significado de “pragmatismo” con los que comencé.

6. Ideas finales sobre el viejo y nuevo pragmatismo jurídico

“¿Era Holmes *realmente* un pragmatista?”¹³⁴ Indudablemente es una mala pregunta. Sabemos que Holmes no se alió oficialmente con el

previenen de aconsejar ideas políticas sobre drogas que ellos han concluido que proporcionan un alivio necesario a los que están gravemente enfermos [...] Nuestro sistema federal, propiamente entendido, le permite a California y a un número creciente de otros Estados decidir por sí mismos cómo salvaguardar la salud y bienestar de sus ciudadanos” (“Gonzalez vs. Raich”, 125 S. Ct. 2195, 2238 [2005]).

¹³³ Tomo “liberal” como “progresista” y “conservador”, sin tener ningún carácter intrínsecamente décticos, lo cual es porque pienso que podría haber un cambio en el significado, y no solamente en la referencia. A juzgar por la interesante discusión en PALMER, op. cit., algunos elementos del cambio parecen ya haber estado en marcha alrededor de 1945. WEST, R. L., “Liberalism Rediscovered: A Pragmatic Definition of the Liberal Vision”, en 46 *University of Pittsburgh Law Review*, ps. 673-738 y KALMAN, L., “The Strange Career of Legal Liberalism”, Yale University Press, New Haven, 1996, están enfocados en desarrollos más recientes.

¹³⁴ NOTE, S., “Holmes, Peirce, and Legal Pragmatism”, en 84 *The Yale Law Journal*, 1975, ps. 1123-1140, y HANTZIS, op. cit., discuten las afinidades entre Holmes y Peirce. GREY, T., “Holmes and Legal Pragmatism”, en 41 *Stanford Law Review*, 1989, ps. 787-870, discute las afinidades entre Holmes y Rorty. POHLMAN, H., “Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence”, Harvard University Press, Cambridge, 1984, y KELLEY, P. J., “Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument”, en 14 *Southern Illinois Law Review*, 1990, ps. 427-67, discuten las afinidades de Holmes con el positivismo utilitario (puede ser valioso destacar que Peirce describe el pragmatismo como un tipo de “prope-positivismo” [con esta expresión Peirce hablaba de positivismo en un sentido amplio], i. e., como ampliamente parecido a las ideas de Comte, aunque mucho más tolerante de la metafísica que el positivismo clásico. Ver PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS [eds.], op. cit., 5.423 [1905]).

pragmatismo, y que tenía reservas sobre algunas ideas de Peirce y, especialmente, sobre algunas ideas de James; sabemos también que hubo muchas otras influencias en su pensamiento –entre ellas, Mill, Bentham, Austin, etcétera–; pero también debemos ser conscientes de la existencia de muchas afinidades entre el pensamiento de Holmes y las ideas de la tradición pragmatista clásica en la filosofía –afinidades que, como podemos ver ahora, van mucho más allá de la similitud entre su articulación de la concepción del abogado en ejercicio acerca de qué significa decir que el actual Derecho de Massachusetts es así o asá, y de la concepción de Peirce acerca de qué significa decir que este diamante es duro, que esta proposición es verdad, o que este algo o clase o ley natural es real¹³⁵.

Peirce critica la noción cartesiana de certeza intuitiva y se define como un “falibilista contrito, listo para vaciar todo el carro de sus creencias en el momento en que vayan en contra de sus experiencias”¹³⁶; Dewey emprende un ataque sostenido en contra de la “búsqueda de la certeza” tanto platónica como cartesiana¹³⁷; Holmes observa que la “certeza generalmente es una ilusión [...] ninguna proposición concreta es autoevidente” (397). Peirce objeta que la epistemología de Descartes, que hace al individuo el juez de la verdad, es “viciosamente individualista”, y la contrasta con el método de la ciencia, que confía en los estándares objetivos e interpersonales; Holmes contrasta el uso objetivo y externo de términos legales como “malicia” o “intención”, con su uso moral, subjetivo¹³⁸. Peirce se queja de los argumentos de los filósofos morales y teólogos: “no es el razonamiento el que determina cuál será la conclusión, sino que es la conclusión la que determina cuál será el razonamiento. Éste es un razonamiento simulado”¹³⁹; Holmes escribe que los jueces piensan que están determinando las res-

¹³⁵ PEIRCE, C. S., “How to Make Our Ideas Clear”, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 5.388-410 (1878).

¹³⁶ En HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 1.11 (c. 1897).

¹³⁷ DEWEY, “The Construction...” cit.

¹³⁸ Cf. NOTE, op. cit., ps. 1126-1134. Qué entiende Holmes cuando escribe de moralidad como “subjetivo”, yo creo, no es que lo correcto dependa de lo que una persona piense que es correcto, sino que una apreciación moral se debe referir a estados internos, mentales, tales como las intenciones y similares.

¹³⁹ PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 1.57 (c. 1896).

puestas legalmente correctas cuando quizás están realmente confiando en las preferencias políticas inconscientes. Peirce le escribe a James que “es de la esencia misma del pragmatismo que la creencia es una expectativa sobre el futuro en todos los casos”¹⁴⁰, y Dewey observa que el pragmatismo “no insiste sobre fenómenos antecedentes, sino sobre fenómenos consecuentes [...] las posibilidades de acción”¹⁴¹; la Filosofía del Derecho de Holmes se dirige al futuro, llamando a los jueces a “considerar y balancear los fines de la legislación, los medios para conseguirlos, y el costo” (403). En el contexto de su agapismo, una teoría cosmológica sobre cómo el orden puede desarrollarse desde el caos, Peirce escribe de la ley de la mente: “las ideas tienden a propagarse continuamente y a afectar a ciertas otras que se interponen a ellas en una peculiar relación de afectabilidad”¹⁴²; Holmes escribe que “[d]urante casi mil años el desarrollo de nuestro Derecho se ha producido de la misma manera que el desarrollo de una planta: dando cada generación un paso hacia adelante, siguiendo tanto la mente como la materia simplemente una ley de crecimiento espontáneo” (398 [p. 73]). En resumen: Holmes podría no ser oficialmente del equipo, pero ciertamente en su pensamiento hay mucho del espíritu del pragmatismo clásico¹⁴³.

“¿El ‘neopragmatismo’ jurídico contemporáneo es *realmente* pragmatismo?” —ésta es otra pregunta infructuosa—. A pesar de su neblina foucaultiana, Alberstein innegablemente tiene razón en un punto: el discurso del pragmatismo jurídico desde Holmes al presente no ha sido exactamente unívoco. La Filosofía del Derecho de Holmes evita abstracciones que floten libremente, y repudia la búsqueda de condiciones necesarias y suficientes que especifiquen la esencia de todo Derecho; pero es profundamente teorética, como la filosofía de la tradición pragmatista clásica. Por lo tanto, está muy lejos de la postura antiteorética de muchos neopragmatistas jurídicos contemporáneos.

¹⁴⁰ Íd., 8.294 (1940).

¹⁴¹ DEWEY, J., “The Development of American Pragmatism”, en *Philosophy and Civilization*, Putnam, New York, 1931; Capricorn edition, 1963, ps. 13-35, y 24.

¹⁴² PEIRCE, en HARTSHORNE, WEISS y BURKS (eds.), op. cit., 6.103 (1902).

¹⁴³ En este sentido, el enfoque de KELLOG, “The Formative...” cit., parece ser en cierto modo en el mismo espíritu que el mío.

Y a esta altura podemos discernir, en la mezcla de recientes concepciones superpuestas y rivales de pragmatismo jurídico, elementos del pragmatismo en su (actual) significado de lenguaje común; elementos derivados de la tradición pragmatista clásica en la filosofía; y elementos del neopragmatismo rortyano —que prácticamente en cada aspecto importante es diametralmente opuesto al pragmatismo peirciano¹⁴⁴—. Por otra parte, los elementos filosóficos del pragmatismo clásico incluyen, al menos tan a menudo como el pragmatismo-como-método, doctrinas filosóficas específicas tales como la concepción de James o Dewey sobre la verdad¹⁴⁵, o la filosofía política de Dewey¹⁴⁶, así como también elementos de la teoría jurídica de Holmes¹⁴⁷ —sin embargo, a menudo en formas simplificadas y algunas veces distorsionadas—. Tampoco es simplemente una cuestión de que cada escritor tome uno u otro de estos elementos como claves; parece que la mayoría se ha servido de varios.

Las cosas están más complicadas porque aquellos que apelan a las concepciones de verdad de Peirce, James o Dewey no siempre parecen darse cuenta de que sus preocupaciones estuvieron muy alejadas de proposiciones jurídicas (y porque aquellos que apelan al cinismo de Rorty sobre la verdad —o, como él prefiere decir, tomando distancia del concepto “verdad”— no siempre parecen darse cuenta de cómo este cinismo socava completamente la idea misma de justicia)¹⁴⁸, a través del uso despreciablemente ambiguo del “fundacionalismo” y “antifundacionalismo” animado por Rorty en la epistemología¹⁴⁹, y extrapolado

¹⁴⁴ HAACK, S., “«We pragmatists...»”; Peirce and Rorty in Conversation”, 1997; reimp. en HAACK, S., “Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays”, University of Chicago Press, Chicago, 1998, ps. 31-47, y en HAACK y LANE (eds.), op. cit.

¹⁴⁵ Ver, por ejemplo, TAMANAHA, op. cit., y “A Pragmatic Response to the Embarrassing Problems of Ideology Critique in Socio-Legal Studies”, en MORALES (ed.), op. cit., ps. 49-71.

¹⁴⁶ Ver, por ejemplo, POSNER, “Law, Pragmatism...” cit., ps. 99-115.

¹⁴⁷ Ver, por ejemplo, WEAVER, W. G., “The ‘Democracy of Self Devotion’: Oliver Wendell Holmes, Jr., and Pragmatism”, en MORALES (ed.), op. cit., ps. 3-30.

¹⁴⁸ Ver HAACK, S., “Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way”, en 49 *The American Journal of Jurisprudence*, 2004, ps. 43-61.

¹⁴⁹ Ver HAACK, S., “Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology”, Blackwell, Oxford, 1993, Cap. 9, para una desambiguación.

por los estudiosos del Derecho a la teoría del Derecho, y por una persistente equiparación falsa entre “antiesencialista” y “antiabstracción” con “antiteorético”.

La trampa conceptual que provocan el “fundacionalismo” y el “antifundacionalismo”, en resumen, es la siguiente. En epistemología el término “fundacionalismo” tiene al menos tres sentidos: en el primero, se refiere a una familia de teorías de justificación epistémica caracterizada por su dependencia de una distinción entre creencias básicas (“fundacionales”) y derivadas; en el segundo, a una concepción de la epistemología como una disciplina *a priori* cuya tarea es los fundamentos de toda afirmación legítima de conocimiento; y en el tercero, a la idea de que nuestros estándares acerca de la mejor y peor prueba, y de creencias más o menos justificadas, no deben ser meramente convencionales, sino basados en alguna relación de justificación y verdad. Sólo la tercera tiene una analogía en la teoría jurídica: la idea de que las reglas jurídicas, para estar justificadas (en un sentido no epistémico), deben tener fundamento en relación con valores (presumiblemente valores morales). Pero la explicación de Holmes no es claramente antifundacionalista en este sentido: mientras repudia la idea de que el Derecho puede ser deducido de un conjunto predominante de principios morales, también insta a que los jueces miren las utilidades y desventajas sociales de sus decisiones, y quizás sea excesivamente optimista sobre la conexión entre la evolución del Derecho y el progreso moral.

La falsa equiparación de “antiesencialista” y “antiteorético” ha estado compuesta por algunos desarrollos no tan felices en el uso de la palabra “teoría”: una suposición precipitada de que “teoría” debe significar “teoría moral, social o política” (las cuales en realidad son únicamente algunas subclases dentro de la vasta variedad de tipos de teoría); y, relacionado con lo anterior, el sentido especializado recientemente tomado por “Teoría” –ahora con esa mayúscula impuesta: “T”– para connotar éste o aquel principio (feminista, poscolonialista, etc.) para “leer” textos literarios o jurídicos.

De regreso a las citas de apertura, vemos que como Atiyah, Schneider e Ingram están aparentemente usando “pragmatismo” en su sentido ordinario más que en su sentido filosófico; que Leiter aparentemente

ha malinterpretado el propósito de la descripción de Holmes del Derecho como involucrando “profecías” de aquello que los jueces decidirán¹⁵⁰; y que Grey, Posner y Tamanaha aparentemente asumen que el pragmatismo jurídico debe ser antiteorético porque es antiesencialista. Pero la fórmula de Luban, “antiformalismo orientado al resultado (*result*) y proclive a la historia”, captura brevemente algunos elementos claves de la teoría del Derecho de Holmes; y la referencia de Tamanaha a la “vía intermedia” captura algo importante para el tenor de la vieja tradición pragmatista.

El 2004, al concluir mi breve historia de la fragmentación del pragmatismo filosófico, escribí que

Es fácil obsesionarse con la cuestión de cuáles variantes califican como pragmatismo auténtico; pero probablemente es mejor –potencialmente más fructífero, y apropiado con vistas al futuro– preguntar, más bien, qué podemos pedir prestado a las riquezas del pragmatismo clásico, y qué podemos salvar del naufragio intelectual de lo nuevo¹⁵¹.

Aquí, al explorar la fragmentación del pragmatismo jurídico, he sugerido una lectura de la concepción del Derecho de Holmes informada por las ideas de la tradición pragmatista clásica en filosofía: una interpretación en la cual “The Path of the Law” nos guía hacia un punto de vista teórico comprensivo del Derecho a través de la amplia

¹⁵⁰ Leiter remite a los lectores a mi “Pragmatism”, en DANCY, J. y SOSA, E. (eds.), *A Companion to Epistemology*, Blackwell, Oxford, 1992, ps. 351-6, y WARNER, op. cit., “para explicaciones más robustas y sustanciales de pragmatismo, con afinidades a mi propia visión” (LEITER, op. cit., p. 303, n. 156). Lo “más sustancial” de Leiter es aparentemente plantear una contradicción a la idea de que el pragmatismo es trivial o banal, como lo sugirió RORTY, R., “The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice”, en *63 Southern California Law Review*, 1990, ps. 1811-2000, y GREY, op. cit. Pero mientras es verdad que ni yo ni Warner interpretamos el pragmatismo como algo banal o vacío, la sugestión de Leiter que nuestras concepciones de pragmatismo son parecidas a las suyas es errada: el entendimiento de Warner sobre el pragmatismo es bastante diferente al mío; y ni su entendimiento ni el mío sobre el pragmatismo están cerca del de Leiter.

¹⁵¹ HAACK, “Pragmatism, Old...” cit., p. 34.

diversidad de sistemas jurídicos, cada uno circunscrito a su lugar y tiempo, y todos respondiendo, algunos más exitosamente que otros, a las necesidades humanas y a los conflictos que surgen inevitablemente en cualquier sociedad¹⁵².

Notas de los traductores

- A. En las notas a pie de página únicamente se han traducido los textos que no forman parte de las referencias.
- B. Los títulos de libros, artículos y reseñas no son traducidos para facilitar su búsqueda.

¹⁵² Mis agradecimientos a Mark Migotti por sus útiles comentarios sobre más de un borrador, y a John Finnis por las útiles sugerencias sobre la versión casi final; a David Hollander, en la Biblioteca de Derecho de la Universidad de Miami, por su ayuda en rastrear los materiales relevantes; a Robert Lane, por su ayuda en encontrar los primeros usos de la palabra “pragmatismo” de Peirce y por la frase “dudas de papel”; y a todos los colegas quienes hicieron comentarios provechosos y sugerencias cuando presenté una primera versión de este trabajo en el Workshop de septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami.

APORTES DE ESTUDIANTES

LOS CAMBIOS EN EL INSTITUTO DE LA INHABILITACIÓN

CUESTIONAMIENTO EN TORNO A SU REGULACIÓN

por ANDRÉS BIEI¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Capacidad e inhabilitación. a) Regulación velezana. a.1) Capacidad. a.2) Inhabilitación. b) El cambio de paradigma reflejado en la normativa internacional y nacional. c) El Código Civil y Comercial. III. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

Con la sanción del Código Civil y Comercial, el Derecho Privado argentino ha visto materializados profundos cambios paradigmáticos. Sin embargo, sería incorrecto sostener que los cambios han sido repentinos; todo lo contrario, desde la sanción misma de la ley 340 puede observarse una mutación permanente de los diversos institutos jurídicos, lo que nos hace recordar la famosa discusión entre Thibaut y Savigny en torno a los cambios jurídicos y la codificación. Este trabajo aborda la figura de la inhabilitación, en contraste con la nueva regulación sobre capacidad, a fin de determinar si se justifica su regulación autónoma.

Abstract

With the sanction of the Civil and Commercial Code, Argentinian

¹ Estudiante de Abogacía. Ayudante alumno de Derecho Privado. Parte general, Comisión 1, Cátedra A, a cargo de la Dra. Ana Marcela Wolkowicz. Miembro del Cuadro de Honor, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

Private Law has made reality profound paradigmatic changes. However, it would be incorrect to argue that these changes had been sudden; in fact, we could observe a permanent mutation of the different legal institutes since the enactment of Law 340 which reminds us of the famous discussion between Thibaut and Savigny about the judicial changes and codification. This paper will delve into the figure of legal disability, in contrast to the new regulation of legal capacity, in order to determine if there is a reason to maintain its independent regulation.

Palabras clave

Capacidad. Inhabilitación. Reforma.

Keywords

Legal capacity. Legal disability. Reform.

I. Introducción

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial implicó numerosos cambios en el Derecho Privado argentino. Uno de los más importantes es la denominada constitucionalización del Derecho Privado, proceso por el cual los preceptos constitucionales (y con ello, del Derecho transnacional constitucionalizado) son incorporados a los paradigmas de la rama privatista del Derecho, tornando difusa aquella tajante separación existente hasta entonces entre el Derecho Público y el Privado.

La corta vigencia del nuevo cuerpo legal implica que todavía no se hayan asentado las críticas y conclusiones sobre el mismo y que sea permanente su comparación con el Código velezano. Además, el escaso desarrollo jurisprudencial en el que todavía transita –especialmente en el tema que nos ocupa– nos impide conocer cuál será su interpretación y aplicación.

Frente a esta situación, el análisis que se desarrollará se centra en la figura de la inhabilitación, institución incorporada inicialmente a nuestro Derecho a partir de la reforma al Código Civil de Vélez con la ley 17.711, siendo gratamente recibida su incorporación en aquel momento, pero prácticamente sin análisis a la luz de la nueva legislación.

II. Capacidad e inhabilitación

Para adentrarnos al estudio de la inhabilitación resulta imperativo referirnos a uno de los atributos de la persona humana: la *capacidad*. Este instituto sufrió un cambio de paradigma en los últimos tiempos, que legislativamente se manifiesta con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 y, más recientemente, el Código Civil y Comercial (ley 26.994).

Nos corresponde tratar de definir la capacidad, lo cual es todo un desafío. Para ello considero correcto citar la nueva normativa que refiere a ella como “la aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos y ejercer por sí esos derechos”. En este concepto diferenciamos la capacidad de derecho de la de ejercicio.

a) *Regulación velezana*

a.1) *Capacidad*

En cuanto a la capacidad de hecho, el Código velezano estableció una tajante separación entre la persona capaz y la incapaz. Esto se evidencia a partir del artículo 52 del Código Civil, según el cual: “Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces”. Es decir, no existía punto intermedio entre la capacidad plena y la incapacidad total.

Apartándonos de las personas a las que el Código declaraba incapaces *per se* (menores, sordomudos, persona por nacer, mujeres), los mayores, que por regla general eran capaces, podían ser declarados insanos a través de un procedimiento judicial. Esa declaración judicial de insania conllevaba la pérdida de la capacidad.

El artículo 141 velezano disponía: “Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial”. Luego, con la reforma de la ley 17.711, dicho artículo pasó a decir: “Se declaran incapaces por demencia,

las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

Así puede verse que existió una readecuación de vocabulario, que también implicó el inicio de un cambio paradigmático. A pesar de ello, dicha disposición siguió la línea de separación entre capacidad e incapacidad.

De lo expresado se deriva que el Código determinaba la incapacidad de manera estrictamente taxativa, lo que respondió a una visión positivista del Derecho, por la cual los derechos del incapaz no son ejercidos por el titular. “Funda la ley esta incapacidad en estrictas razones tutelares y protectorias del incapaz, designándole un representante legal para que actúe en su nombre y en su cuenta, sustituyéndole su voluntad”².

a.2) *Inhabilitación*

Ahora bien, frente a aquella regulación original de 1869 existían casos para los cuales la división “capaz-incapaz” no respondía a los supuestos en los que la persona afectada sufría determinadas deficiencias pero sin que ello importe una consideración de insania. Esta razón es la que llevó a la incorporación del instituto de la inhabilitación con la ley 17.711.

Es así que se añade el artículo 152 bis al Código Civil. Éste disponía que “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1° A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; 3° A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona

² WOLKOWICZ, A. M., “Capacidad jurídica como derecho humano: Nuevo paradigma (Sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad. Su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación)”, en FERNÁNDEZ OLIVA, M. y WOLKOWICZ, A. M. (coords.), *El Código Civil y Comercial en el paradigma de los derechos humanos*, Zeus, Rosario, 2017, p. 102.

imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

La pregunta que deviene necesaria es qué es la inhabilitación. Julio Cesar Rivera nos dice que “es una institución que tiene por objeto la protección de personas que padecen determinadas deficiencias psíquicas, físicas o de conducta, en tanto éstas pueden llevar a otorgar al sujeto actos perjudiciales para su patrimonio o su persona; y que se extiende al caso de los pródigos, supuesto en el que el fin del instituto radica en el amparo al grupo familiar de aquéllos”³.

Así puede observarse que este instituto estaba regulado en torno a cuatro supuestos: personas disminuidas en sus facultades, adictas a estupefacientes, alcohólicos y pródigos. Ahora bien, debe determinarse el punto en común que presentan todos ellos: la presencia de desórdenes de conducta. Frente a esto, el Derecho tiene por objetivo –a partir de la inhabilitación– la protección del sujeto, con la finalidad de evitar un perjuicio hacia sí y hacia terceros.

Decidimos centrarnos únicamente en la prodigalidad a fin de poder contrastar los cambios sufridos en el Derecho argentino. Debemos partir de definir la prodigalidad. Ésta refiere al sujeto que malgasta sus bienes injustificada y perjudicialmente. “La prodigalidad puede explicarse de dos formas. Una en sentido exclusivamente jurídico (en la cual el perito psiquiatra no interviene) y otra como aspecto sintomático y secundario de un trastorno de la personalidad, anomalía psicopatológica o enfermedad mental genuina”⁴.

³ RIVERA, J. C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 541.

⁴ RUBIO, G.; LÓPEZ-MUÑOZ, F.; ÁLAMO, C. y SANTO-DOMINGO, J., “Trastornos psiquiátricos y abuso de sustancia”, Médica Panamericana, Madrid, 2001, p. 788.

Etimológicamente, pródigo deriva de la palabra *prodigus*, que significa gastar con profusión. En el Derecho Romano, “la institución debe ser considerada [...] como una creación legal destinada únicamente a mantener indemne el patrimonio de la familia agnaticia, a la cual irían en definitiva a parar los *bona paterna avitaque* a la muerte de su titular”⁵.

Obviamente la visión sobre la prodigalidad ha cambiado y ahora la persona del pródigo también es atendida. “Será preciso que transcurra mucho tiempo [...] para que el Derecho, en su evolución, comience a tomar en cuenta los reales intereses del pródigo [...] a fin de asegurar por este medio al incapaz la conservación de los recursos económicos para su subsistencia”⁶.

En lo que respecta a la regulación velezana, el Código Civil admitía su procedencia en los casos en que existan familiares (ascendientes, descendientes y cónyuge) y haya dilapidación de una parte importante del patrimonio.

El caso “M. de R. G., C. M. s/Inhabilitación”⁷ logró poner de manifiesto los requisitos antes indicados. Entre ellos, sostuvo que “un acto aislado no configura la causal de inhabilitación que requiere el hábito de una conducta malgastadora”, “implica carecer de la inteligencia o de la fuerza de espíritu necesaria para administrar su patrimonio y defender sus intereses, y supone no ya una depravación sino una cierta insensatez o defecto de la razón y en la voluntad”. Frente a ello, la normativa decimonónica asignaba como efectos la imposibilidad de realizar actos de disposición, salvo asistencia de su apoyo, y los de administración especificados en la sentencia judicial.

La cuestión a dilucidar es si el inhabilitado ve afectada su capacidad o no. Sobre ello, afirmo enfáticamente que sí. En este sentido se expresa la nueva regulación. Anteriormente se ha dicho que la capacidad de hecho es la aptitud (derecho) de ejercer por sí sus derechos, y el efecto dispuesto por la norma es limitar el ejercicio a la asistencia de apoyos.

⁵ GHIRARDI, J. C., “La inhabilitación judicial. Embriaguez habitual. Uso de estupefacientes. Disminución de las facultades. Prodigalidad”, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 10.

⁶ *Íd.*

⁷ CNCiv., sala E, del 1-7-2010.

Esto indica necesariamente una limitación de la capacidad jurídica. Orgaz tiene dicho “que aunque la prodigalidad no altere las facultades intelectuales, ninguna duda cabe sobre que altera las facultades jurídicas”⁸.

b) *El cambio de paradigma reflejado en la normativa internacional y nacional*

Si nos retrotraemos en la historia, observaremos un proceso de universalización de derechos. Esto así debido a que se tornó imperativo establecer un límite frente al gran avasallamiento que el poder político ejercía sobre los derechos de las personas.

Sin embargo, actualmente observamos que –afirmada esa universalidad– se da lugar al establecimiento de derechos específicos para determinados grupos sociales considerados *vulnerables*. Así surge la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otras.

Frente a ello, “ha de reconocerse a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el mérito de afirmarse como el primer tratado de consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos, adoptando el modelo social de la discapacidad”⁹.

Estas nuevas manifestaciones conllevan un cambio total de pensamiento, ya que se deja de ver a la persona con discapacidad como un objeto a tutelar para pasar a verla como una persona humana íntegra, que en todo caso necesitará un apoyo para el ejercicio de sus derechos mas no una sustitución de voluntad.

Desde este espacio, y a fin de entender la mutación normativa, referiré brevemente al contenido de la Convención. Por un lado, enu-

⁸ GHIRARDI, op. cit., p. 146.

⁹ FERNÁNDEZ, S. E., “El régimen de la capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial* 25-2014; *La Ley Online*, AR/DOC/3834/2014, p. 6.

mera una serie de derechos que rigen todo el sistema. Ellos son: "...a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer..."

A ellos debemos sumar y poner especial atención el artículo 12, titulado *Igual reconocimiento como persona ante la ley*, que dispone: "1° Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2° Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3° Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica..."

Así, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad toma a la capacidad como un derecho y no sólo como un atributo. Al ser un derecho, está relacionada con la dignidad y la vida, y ello conlleva a definirla como el derecho a ejercer por sí mismo sus derechos. Este nuevo paradigma se lo definió como "modelo social" en contraposición al "médico rehabilitador" de Vélez. Estas ideas son las que finalmente se plasman en el Código Civil y Comercial.

Además, otra de las normas que rigieron en nuestro Derecho previamente al nuevo Código es la Ley Nacional de Salud Mental —actualmente vigente—, que recoge las disposiciones de la Convención para adaptarlas a nuestro sistema normativo interno, de la que creo necesario resaltar dos cuestiones.

La primera, en torno a la enorme importancia que reviste el artículo 3° de dicha normativa, que define a la salud mental como "...un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la

presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización”.

En segundo lugar, especial interés nos merece el hecho de que introdujo al Código Civil el artículo 152 ter, que dice: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

Esta incorporación resulta fundamental: “...de ello se desprende que el artículo 152 ter no prevé un proceso autónomo a los de insania e inhabilitación, sino que comprende ambos [...] ambos se sustentan en el mismo presupuesto: la salud mental entendida en un sentido amplio, que incluye a las adicciones”¹⁰.

c) *El Código Civil y Comercial*

Ya adelantamos que el Código Civil y Comercial materializa el cambio de paradigma en torno a la capacidad civil, adecuándose a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este marco, se pasa a ver a la capacidad como un derecho humano. El Código Civil y Comercial establece que la capacidad es el principio general, y que la incapacidad es una excepción de *ultima ratio*. Por ello, se habilita la limitación parcial de capacidad en diferentes casos enumerados por la ley.

En ese sentido, el artículo 22 del Código Civil y Comercial dispone que “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos”. Resulta fundamental observar cómo el

¹⁰ OLMO, J. P., “Salud mental y discapacidad”, Dunken, Buenos Aires, 2014, ps. 182-183.

Código incorpora todo un nuevo sistema que presenta la limitación de capacidad sin llegar al supuesto de la incapacidad total, que se conoce como restricción de capacidad.

Para entender este nuevo sistema resulta útil traer a colación los artículos que refieren al mismo. Así, el artículo 31 dispone que “La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona...” Por su parte, el artículo 32 nos dice que “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes [...] Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

Esta nueva regulación “se sale del sistema de atribución de incapacidad para ingresar a un sistema funcional que respeta la singularidad y provee los apoyos necesarios para que la persona pueda tomar sus decisiones en forma autónoma y digna”¹¹.

De esta forma observamos que ya no existe la división entre la capacidad e incapacidad, sino que ahora también existen personas con incapacidad para realizar sólo algunos actos. Esto puede considerarse como una continuación de aquella idea original con la que se instauró el instituto de la inhabilitación.

La inhabilitación en el Código Civil y Comercial.

Es así que, dentro del paradigma social de la capacidad, el Código Civil y Comercial regula la inhabilitación de la siguiente forma: “Artículo 48 – *Pródigos*. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del

¹¹ WOLKOWICZ, op. cit.

patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes”.

Esto indica que la única causal de inhabilitación es la prodigalidad. Sin embargo, también han cambiado los requisitos extrínsecos para su procedencia. Se pasa a hablar de una “dilapidación del patrimonio” a una “exposición a la pérdida del patrimonio”. Sobre esto, el precedente judicial “A. J. C. s/Declaración de inhabilitación”¹² sostuvo que “la evaluación del presupuesto extrínseco exige al juez valorar las evaluaciones interdisciplinarias y el resto de la prueba aportada utilizando el criterio de ‘riesgo presumible’, conforme al cual la posibilidad del daño debe ser en concreto, no en forma general ni abstracta (Kraut, Alfredo J. y Palacios, Agustina, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, dir. por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, t. I, ps. 144/145)”.

Los otros dos supuestos en que la ley 17.711 habilitaba la declaración de inhabilitación fueron expresamente receptados en las disposiciones en torno a la restricción de capacidad. Esto motiva el tema del presente trabajo y genera un interrogante: ¿por qué se mantuvo la regulación sobre la inhabilitación?

Una respuesta rápida podría centrarse en el sujeto a quien la ley busca proteger: mientras que con la capacidad restringida y la incapacidad el Derecho observa únicamente al sujeto que será declarado tal, con la inhabilitación se pone énfasis en la familia y el patrimonio. Esto lo dicen los propios fundamentos del nuevo Código de la siguiente manera: “La figura de los inhabilitados se reserva para el supuesto de prodigalidad, que se regula apuntando especialmente a la protección del interés patrimonial familiar”¹³.

¹² CCCom. de Gualeguaychú, sala 1ª, expte. 5017/F.

¹³ LORENZETTI, R. L.; HIGHTON DE NOLASCO, E. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación”, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, 29-8-2017.

Esta aseveración merece mi discrepancia. Si bien la protección a la familia existe, "...el dilapidador debe ser protegido todavía con mayor razón, ya que no existe nadie que se ocupe de él. Está bien que se piense en los familiares más próximos, pero está mal que sólo se piense en ellos descuidando el interés del propio disipador"¹⁴. Así, es claro que el propio inhabilitado también se ve protegido con el instituto. "No obstante, ha de entenderse que también existe un interés jurídico en la protección de la persona (art. 31, CCyC), dado que no es de interés la dilapidación gravosa o ruinosa del patrimonio familiar, que también involucra al propio pródigo"¹⁵.

A ello debemos agregar que ese supuesto interés supremo que se le otorga al patrimonio en el caso de la inhabilitación se superpone a su vez con lo que dispone el artículo 32 del Código sobre el presupuesto de limitación de capacidad, al habilitarla en la medida que se "...estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes". Es decir, la restricción de capacidad también tiene por fin la protección de los bienes de la persona.

Además, partiendo de la Convención y del Código Civil y Comercial, el simple hecho del sufrimiento de un padecimiento mental no habilita la declaración de limitación de capacidad o de inhabilitación, sino que deben evaluarse sus efectos. Dentro de esos efectos indudablemente se encuentra la posible afectación a la familia del sujeto. Por ende, aquella primera respuesta planteada al interrogante central de este trabajo no es justificativo suficiente para mantener una regulación independiente del instituto bajo análisis.

Otra de las respuestas que se han realizado al interrogante que planteamos es la del hecho de que el inhabilitado es plenamente capaz, a diferencia del individuo a quien se restringe su capacidad. Sin embargo, este argumento tampoco se condice con el nuevo paradigma de la institución.

Debemos partir de la valoración de los otros dos artículos que integran las disposiciones de la inhabilitación: el artículo 49, que dis-

¹⁴ GHIRARDI, op. cit., p. 180.

¹⁵ HERRERA, M.; CARAMELO, G. y PICASSO, S., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Infojus, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 121.

pone que “La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia”, y el artículo 50, que dice que “El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo”. La capacidad es la regla, pero frente a determinados supuestos puede ser limitada.

Consecuentemente, se restringe a la persona de poder ejercer libremente actos de disposición y administración. Esto indica que la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos se ve cercenada a la presencia de un apoyo, y por ende la capacidad se encuentra restringida. Entonces, si el inhabilitado no puede realizar por sí mismo determinados actos sino que necesita del acuerdo de su apoyo, claramente ve limitada su capacidad, ya que si fuese plenamente capaz, no necesitaría de tal acuerdo.

Así lo entiende Rivera, que al referirse a la inhabilitación sostiene que se trata de una “institución que implica la restricción de capacidad de una persona mayor de edad y capaz, en virtud de un desorden de conducta”¹⁶.

Otro aspecto a agregar, en favor de nuestra postura, es sobre los actos realizados por el inhabilitado en contradicción a lo dispuesto en la sentencia judicial que lo declara tal. Dicho acto, lejos de ser válido, se verá viciado de nulidad relativa, “porque la invalidez se instituye para asegurar la protección de inhabilitado y no para sancionarlo”¹⁷. Así se le asigna la misma consecuencia que a los actos realizados por una persona restringida en su capacidad.

En definitiva, no negamos que la persona mantenga su capacidad, esto responde a la propia naturaleza del instituto. Pero esa capacidad que conserva se encuentra restringida. En este sentido, resulta intere-

¹⁶ RIVERA, J. C. y CROVI, L., “Derecho Civil. Parte general”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 309.

¹⁷ LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, t. I, “Nociones fundamentales. Personas”, Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 395.

sante la opinión de Silvia Fernández, quien nos dice que “la capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada sólo para determinado/s acto/s”¹⁸.

También debemos señalar que, a pesar de que la doctrina mayoritaria se inclina por sostener que el pródigo no sufre de un padecimiento mental, el nuevo Código establece un examen interdisciplinario para dictaminar la rehabilitación del sujeto, lo cual nos hace cuestionarnos sobre si la nueva normativa se inclina por la posición –tal como se expresó *ut supra*– de que el pródigo sufre un trastorno de conducta. Siendo así, nace otro interrogante: ¿cuál es el justo límite que divide el padecimiento de un pródigo para diferenciar si debe ser declarado inhabilitado o capaz restringido? Con esto se observa nuevamente el conflicto que conlleva la regulación autónoma de la capacidad restringida y la inhabilitación.

La jueza Pauletti, en el fallo antes indicado, iguala la inhabilitación del Código velezano con la limitación de capacidad según la regulación actual. En su voto dice que “La declaración de capacidad restringida (como régimen equiparable al de la inhabilitación del Código derogado mocionada en la demanda) procede en relación con una persona mayor de trece años que padeciera de una adicción o una alteración mental permanente o prolongada (no circunstancial), de suficiente gravedad (elemento biológico o intrínseco), y siempre que del ejercicio de su plena capacidad pudiera resultar un daño a su persona o a sus bienes (elemento jurídico o extrínseco)”.

A su vez, al tratar de encontrar una respuesta al interrogante que planteamos con este trabajo, también tiene que ser analizada la idea fundante del nuevo Código Civil y Comercial en el sentido de que el mismo planteaba el abandono de la casuística velezana, centrándose en la legislación de grandes principios. Por lo tanto, puede observarse que mantener la regulación del instituto de la inhabilitación es una contradicción a ese pilar fundante.

De lo expuesto se deriva que la inhabilitación tal cual está regulada en la actualidad no responde a la finalidad con la cual se introdujo en el Derecho argentino. Aquella idea de mediados del siglo XX de

¹⁸ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 8.

ser un paso intermedio entre la capacidad total y la incapacidad absoluta se ve hoy igualada a la restricción de capacidad. La inhabilitación, en cambio, ya no se encuentra en tal escenario, lo que implica que ha sufrido una desnaturalización de su esencia.

III. Conclusión

Debo finalizar este trabajo expresando que no he encontrado argumentos que permitan mantener la regulación de la inhabilitación por fuera del régimen general de la restricción de capacidad sin caer en una desnaturalización del instituto. A su vez, me he encargado de derribar aquellas posibles justificaciones a que se mantenga como instituto independiente. Sin embargo, cualquier nuevo argumento será bueno para el debate que necesita hacerse sobre el Código Civil y Comercial.

En el mundo jurídico la justificación histórica, cultural e ideológica de los institutos legales resulta fundamental, al punto de llevarnos a debatir si la existencia actual de los mismos a través de la norma que lo regula coincide o no con ella y, consecuentemente, si tal regulación debe permanecer vigente.

En conclusión, todos los que participamos del mundo jurídico, desde la posición que cada uno ocupe, ya sea estudiante, docente, litigante, investigador o miembro del Poder Judicial, debemos pensar la norma, razonarla y no ser meros espectadores de ella.

Bibliografía

- FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “El régimen de la capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en La Ley Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 25-2014; La Ley Online, AR/DOC/3834/2014.
- GHIRARDI, Juan Carlos, “La inhabilitación judicial. Embriaguez habitual. Uso de estupefacientes. Disminución de las facultades. Prodigalidad”, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Buenos Aires, Infojus, 2015, t. I.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, t. I, “Nociones fundamentales. Personas”, Buenos Aires, Perrot, 1975.

- LORENZETTI, Ricardo Luis; HIGHTON DE NOLASCO, Elena y KEMEL-MAJER DE CARLUCCI, Aída, “Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación”, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, 29-8-2017.
- OLMO, Juan Pablo, “Salud mental y discapacidad”, Buenos Aires, Dunken, 2014.
- RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, t. I.
- RIVERA, Julio César y CROVI, Luis, “Derecho Civil. Parte general”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016.
- RUBIO, Gabriel; LÓPEZ-MUÑOZ, Francisco; ÁLAMO, Cecilio y SANTO-DOMINGO, Joaquín, “Trastornos psiquiátricos y abuso de sustancia”, Madrid, Médica Panamericana, 2001.
- WOLKOWICZ, Ana Marcela, “Capacidad jurídica como derecho humano: Nuevo paradigma (Sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad. Su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación)”, en FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela y WOLKOWICZ, Ana Marcela (coords.), *El Código Civil y Comercial en el paradigma de los derechos humanos*, Rosario, Zeus, 2017.

ÉTICA BIOCÉNTRICA Y LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN

por TOMÁS NICOLÁS COPPINI¹

SUMARIO: Introducción. I. La salud como bienestar comunitario. II. El principio de prevención y precaución. III. Ética biocéntrica. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

La ética biocéntrica reclama el estudio de los principios de precaución y prevención relacionados a la integración de la naturaleza al Derecho, que logre derribar la visión antropocéntrica imperante. El accionar de las empresas multinacionales corrompe la relación ética entre el hombre y la naturaleza. La relación sujeto-objeto, que deviene del sujeto cartesiano, será analizada con nuevos sentidos que están implícitos en los principios de precaución y prevención, permitiendo las prácticas del Derecho antes de que sea demasiado tarde para proteger la tierra en todos sus aspectos circundantes. El derecho humano a la salud será protegido, como así también su relación vital con el suelo, el agua, el aire, la flora y fauna, e incluso los organismos bacteriológicos. De esta manera, los principios precautorios y preventivos aplicados a la ley ambiental hacen posible el comienzo de una relación sujeto-mundo para dejar atrás la relación sujeto-objeto o sujeto-sujeto. El significado de ser dará un giro; será el ser-en-el-mundo. La Ley General del Ambiente incorpora nuevos principios que pueden ser la

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

solución indispensable para desarrollar una nueva ética: la de la naturaleza. Mientras el irrespeto por la naturaleza avanza para aumentar la productividad empresarial y sus ganancias excesivas, más necesitaremos las habilidades del Derecho para frenar los irreversibles ataques que pueden ser devastadores para toda la vida humana.

Abstract

The biocentric ethics claims the study of prevention and precaution principles with regard to the integration of nature to Law that can break down the prevailing anthropocentric vision. The actions of multinational corporations, corrupts an ethical relationship between man and nature. The subject-object relationship, which becomes from the cartesian subject, will be analyzed with new meanings that are implicit in the prevention and precaution principles, allowing the Law practices before it is too late to protect the earth in all its surrounding aspects. The human right to health care will be protected and his vital relationship with the soil, the water, the air, the fauna and flora, and even bacteriological organisms too. In this way, the precautionary and preventive principles applied to environmental Law, makes possible the beginning of a subject-world relationship to leave behind the subject-object or subject-subject relationship. The meaning of being will turn around; it will be the being-in-the-world. Environmental Law incorporates new principles that could be the indispensable solution to develop a new ethic: the Natural Law. As nature disrespect unfolds to increase the productivity and its excessive profits, the more we need the Law skills to stop the irreversible attacks that can be devastating for whole human life.

Palabras clave

Ética biocéntrica. Prevención. Precaución.

Keywords

Biocentric ethics. Prevention. Precaution.

Introducción

Desde que el hombre ha comenzado con su accionar desmedido sobre la tierra, probablemente al mismo tiempo que la Primera Revolución Industrial², para proveerse de recursos y mercancías de todo tipo es que no se han tomado las medidas pertinentes para la protección de la vida entendida en toda la amplitud de su concepto. Con el paso del tiempo es que el mundo jurídico ha dado lugar a nuevas ramas que buscan restablecer una relación armónica entre el ser humano y su entorno, en donde el hombre se provea de recursos y produzca mercancías sin generar un perjuicio en la naturaleza, para que la salud de cada habitante logre efectivizarse ampliamente.

La Declaración de Río de Janeiro de 1992 da lugar al nacimiento del principio de precaución en su Principio 15³, que con posteridad sería incorporado a nuestra legislación como una novísima normativa.

Dentro del constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI, la Constitución del Ecuador recoge originalmente una ética biocéntrica, entendiendo que no sólo el ser humano tiene derecho a vivir, sino también todos los demás seres vivos. En aquella concepción del mundo, que es recogida de las filosofías ancestrales, por ejemplo, la andina, el hombre se pone en pie de igualdad con respecto a los demás seres vivos, y no por sobre ellos, mirándolos como si fueran seres sin “alma”, y a la postre sin derecho a la vida.

La legislación argentina, mientras tanto, incorpora los principios de prevención y precaución como dos herramientas jurídicas más que viables para lograr evitar una mayor desestabilización ambiental. Aunque la norma en soledad no soluciona la totalidad del problema, por eso la ética biocéntrica se nos presenta como la aurora en el horizonte. Una nueva filosofía que viene a plantear nuevos interrogantes y modos de vida en el campo sociológico y psicológico actual.

² FLAX, J., “Autonomía científica, interdisciplina y derechos humanos”, Ediciones Apogeué, Buenos Aires, 2017, p. 259.

³ “Principio 15 – Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debería utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Toda ética es una filosofía; y este renacer ético bajo la custodia biocéntrica parece ser una solución más que viable. Si la especie humana, en su innegable finitud, está condenada a sucumbir, al menos deberá evitar autocondenarse.

I. La salud como bienestar comunitario

La problemática de la falta de acceso a la salud y cuidado de las personas no sólo es un generador de marginación extrema, sino también un nuevo tipo de violencia, que afecta principalmente a todos los oprimidos del mundo, que son, a su vez, las mayorías. El fin último del Derecho es –o debería ser– asegurar los derechos de los oprimidos y así lograr la igualdad entre los diferentes, y la consecuente armonización del todo social dentro del sistema.

Dentro del concepto de salud tenemos incorporado el de supervivencia, entendiendo como tal no sólo al período de vida de una persona en particular, sino el de toda una comunidad, y al fin y al cabo el de todos los seres humanos.

La problemática de la salud, y sobre todo del acceso al bienestar que ella nos brinda, es una cuestión íntimamente ligada al daño ambiental, el cual se nos presenta como un tipo de daño contra el otro –el ser humano– y contra lo otro –la naturaleza–. Al ejercer violencia contra lo otro, es decir, contra el medio ambiente, sin lugar a dudas también nos estamos dañando a nosotros mismos. El ser humano ha priorizado el bienestar económico por sobre el bienestar físico y mental en armonía con el entorno natural. Y todo esto traerá consigo graves daños para el futuro.

El Derecho Ambiental está íntimamente ligado al de Salud, ya que ambos poseen una característica transversal, al atravesar todas las disciplinas del Derecho y las no tan relacionadas a aquél, al servirse de otras disciplinas, como la historia, la geografía, la geología, la bioquímica, etcétera. Por otro lado, nos encontramos con que ambos poseen la característica de la *transtemporalidad*; puede decirse con suma claridad que “La comprensión del pasado y el porvenir contribuye a que ambos se ‘transtemporalicen’, o sea, a la ‘supervivencia’ del pasado y a la ‘previvencia’ del futuro. A su vez, sin pasado ni futuro no puede

haber presente. En definitiva, la ‘transtemporalidad’ aumenta la ‘carga’ de la temporalidad total –diversa del tiempo cronológico– y contribuye a la plenitud de la cultura, indispensable para brindar a nuestra existencia la estabilidad y el dinamismo debidos”⁴. Es decir que trascienden nuestra época, para asegurarles a las poblaciones futuras un bienestar físico, emocional, económico y social.

Si bien tanto el Derecho Ambiental como el de la Salud cuentan con la característica de la transtemporalidad, las normas derivadas de ella están hechas para el hoy y el ahora, porque si hoy no se comienza a actuar, ¿qué fin tendría un Derecho utópico sin una fantasía realizable que pueda ser llevada a cabo, hoy y ahora? El hombre, con las normas referidas a la protección del medio ambiente, lo que hace es protegerse de sí mismo y, a su vez, asegurar la salud de todos los habitantes del planeta, de los que están vivos y de los que están por nacer; por eso es que la salud no es un derecho que se realiza dentro de uno mismo o en relación con los objetos u otros sujetos, se realiza en tanto en cuanto nos reconozcamos como ser-en-el-mundo. Seres desterrados de egoísmo que se reconocen parte del todo, en un entrelazamiento profundo con la vida entendida en toda la extensión de la palabra: vida animal, vegetal y bacteriológica. La salud considerada como bienestar comunitario es el equivalente a la relación pacífica y respetuosa de sujeto-mundo.

II. El principio de prevención y precaución

La incorporación del principio de prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial ha sido un avance de vital importancia para evitar tragedias medioambientales de gran índole, las cuales podría afectar severamente la vida, entendida en la amplitud de su concepto, tal como la ética biocéntrica pregona.

Uno de los puntos clave a analizar es la falta de un plan de prevención y emergencia para actuar ante aquellas situaciones. Como en tantos casos, sin lugar a dudas, el Derecho suele llegar sumamente tarde. No se realiza ningún tipo de control y/o fiscalización de impacto ambiental, y las empresas causantes de este perjuicio en muchas oca-

⁴ CIURO CALDANI, M. Á., “Estudios de Historia del Derecho”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, p. 82.

siones no poseen las medidas de seguridad ni las tecnologías apropiadas para poder prevenir, en primer lugar, y accionar, posteriormente, en caso de una contaminación de gran magnitud. Por eso es que los artículos 1710 y 1711 imponen toda una novedad para nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el artículo 1711 establece: “*Acción preventiva*. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”. Es decir que se actúa ante la *amenaza cierta de un daño*. Y es importante destacar la palabra “cierta”, ya que esa palabra diferencia el principio de prevención del de precaución, que será tratado más adelante. Como se puede deducir, de ahora en más es antijurídica la conducta de no prevenir el acaecimiento de un posible daño, pero no es necesario la concurrencia de ningún factor de atribución⁵. Ante esto es que el deber de prevención del daño, según el artículo 1710, consiste en tomar las medidas para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud y no agravar el daño si ya se produjo. Esto conlleva a que si se deduce que existe cierta empresa que está provocando contaminación medioambiental que excede la “normal tolerancia” en la comunidad se pueda pedir una evaluación de impacto ambiental. Por ejemplo, cuando una empresa no posee planta de tratamiento de desechos cloacales; cuando se estima que emana gases tóxicos; o en caso de que un municipio posea un basural, lo cual provoca que los metales pesados se diseminen en el aire y el agua, entre otras innumerables situaciones ante las que se necesita la evaluación de impacto ambiental.

Como me explayé anteriormente, no se debe confundir el principio de prevención con el de precaución. El de prevención opera cuando existe la certeza de que se va a producir un daño, para disminuir su magnitud o para no agravarlo en caso de que el menoscabo se haya

⁵ Art. 1724, CCyCN: “*Factores subjetivos*. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

producido; el de precaución, en cambio, se lleva a cabo ante el riesgo de un daño grave e irreversible, respecto de cuyo acaecimiento no existe certeza científica. Si se presta atención se puede apreciar que la diferencia radica en que en uno –principio de prevención– existe la certeza de la posible producción de un daño; no obstante, en el de precaución existen opiniones científicas divergentes sobre la posible realización del daño en un futuro; eso implica que deben adoptarse medidas de precaución aunque no exista certidumbre o evidencia total para comprobar un posible daño. Lo que el Derecho busca proteger es un valor fundamental, el de la seguridad, por eso actúa –o debe actuar– ante la incerteza de las consecuencias de determinados productos o acciones que puedan perjudicar la vida, la salud o el ambiente. Un caso emblemático ha sido el de la etiquetación de los productos transgénicos ante la orden de la Unión Europea para que el consumidor pueda elegir libremente qué producto elige consumir y cuáles no. Otro de los detalles a tener en cuenta con respecto al principio precautorio es que no opera si el eventual daño no se considera de suma gravedad o irreversibilidad. Simplificando la cuestión, en el de prevención se debe actuar ante la amenaza cierta de un daño; por otro lado, en el de precaución se debe actuar en caso de duda de un posible daño grave e irreversible. Este último principio se encuentra plasmado en el artículo 41 de la Constitución Nacional, que dice lo siguiente: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”. El artículo parece encontrarse desactualizado en cuestiones

medioambientales. Como ya se verá, existen a nivel constitucional latinoamericano expresiones más acabadas y originales para defender a la naturaleza que las que han redactado en su momento nuestros constituyentes. Manda a los legisladores de la Nación a dictar las “normas que contengan los presupuestos mínimos de protección”, lo cual denota un piso mínimo desde el cual comenzar el tratamiento de la cuestión, quedando escueto en el abordaje. Aunque con la palabra “potencialmente” da lugar al principio de precaución. Los presupuestos de los cuales habla la Constitución son establecidos en la Ley General del Ambiente 25.675, y el artículo 4º define al principio precautorio: “...Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente...” De aquel artículo se deduce que no puede determinarse con precisión el agente que contamina; o no se pueden establecer o hay multiplicidad de causas; o existe dificultad para establecer los efectos nocivos. Las características de la incertidumbre son:

- Objetividad.
- Debe derivar de una duda razonable, basada en un sustento científico.
- Debe dar lugar a la transparencia.

En caso de causarse el daño, cabe preguntarse cuál es la sanción correspondiente. Sin lugar a dudas, debe proceder la indemnización según el caso que corresponda. Por otro lado, en determinados casos se generan ilícitos lucrativos que se dan cuando el dañador conserva beneficios lucrativos, casos en los cuales procede la indemnización punitiva a fin de lograr el efecto disuasivo y preventivo respecto de la producción del daño. Por último, es importante destacar las posibles medidas para evitar el daño:

- Pertinencia de la medida.
- No discriminación frente a idéntico riesgo.
- Proporcionalidad con relación al nivel de protección que se aspira.
- Exigencia de provisionalidad. Los estudios científicos son siempre provisionales. Por eso el principio de precaución no puede considerarse antiavance científico.

Así es que “...la protección de la naturaleza –animal y vegetal– configura la especial exigencia de justicia que justifica al Derecho Ambiental como rama del mundo jurídico”⁶.

III. Ética biocéntrica

La Constitución del Ecuador, en su Sección Séptima referida a la salud, expresa en su artículo 32: “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”. De este artículo se desprenden innumerables aperturas hacia diversos temas, aunque la que voy a tratar es la relación entre la salud, el medio ambiente y la Bioética. Entrelazando aquel artículo con el concepto de enfermedad acuñado por Edgar Morin, podemos comprender que la enfermedad y el bienestar van más allá de un solo derecho, por eso es que el derecho a la salud se cumple en tanto se vincule al ejercicio de otros derechos. Morin expresa que “una gran parte de los males y enfermedades que padecemos tienen una vertiente biológica o psicológica, pero también presentan un cariz socioecológico (contaminaciones, estrés del entorno urbano, etc.) que provoca bronquitis, asma, alergias, depresiones, uso inmoderado de tranquilizantes o de somníferos”⁷.

En Argentina, hay casos innumerables en donde las violaciones a

⁶ GALATI, E., “El Derecho Ambiental en el Derecho planetario. El hombre y la naturaleza hacia la auto-eco-re-organización”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2009, p. 82.

⁷ MORIN, E., “La vía para el futuro de la humanidad”, Espasa Libros, Barcelona, 2011, p. 172.

las leyes ambientales y declaraciones universales han causado un mal en la salud de las personas y también en los recursos naturales mínimos para la subsistencia del ser humano. Barrick Gold⁸⁻⁹ y las plantas de celulosa¹⁰ son dos casos actuales emblemáticos en donde las empresas multinacionales barren con todo lo que se encuentra a su lado. El aumento desmedido de industrias y de extracción de minerales sin ningún tipo de responsabilidad social empresarial representan un peligro innegable contra la salud de todas las personas, violando claramente el artículo 14, inciso 1º, de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos¹¹; ello nos indica que la promoción de la salud y el desarrollo social para un pueblo no es practicado por los gobiernos de turno.

Los progresos de la ciencia y la tecnología en estos casos no se armonizan con el concepto de salud y Bioética. Otro principio fundamental que se ve avasallado es el establecido en el artículo 17, el cual se aboca a la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad. El respeto por la dignidad humana y los derechos humanos se ven estropeados por la voracidad empresarial y la demanda del

⁸ Barrick Gold es una empresa minera que comenzó a operar en Argentina en el año 1993, siendo la más grande del mundo en cuanto a la extracción de oro. En nuestro país fue culpable en reiteradas ocasiones de derrames de solución cianurada en los ríos sanjuaninos, y también vertió residuos cloacales, representando aquello un inminente daño para la salud de la población, la preservación de la fauna y la flora autóctonas.

⁹ RODRÍGUEZ SALAS, A., “Agua, glaciares y minería en Mendoza: Estado de situación y perspectivas”, Informe Ambiental Anual 2013, FARN, Departamento de Ciencias Ambientales de la Universidad de Congreso de Mendoza, Buenos Aires, 2013, p. 331.

¹⁰ Fueron las causantes de que la Corte Internacional dicte un fallo de gran importancia en cuestiones ambientales por la problemática que causarían a las comunidades cercanas a las orillas del río Uruguay. Se establecieron principios como la prevención, la precaución y el estudio del impacto ambiental para proyectos de inversión. JUSTE RUIZ, J. y BOU FRANELI, V., “El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 21, 2011, ps. 9, 15 y 16.

¹¹ Art. 14, inc. 1º: “*Responsabilidad social y salud*. La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad”.

sistema consumidor, generando una desestabilización ética sobresaliente. Para esto, la función de los Estados y la cooperación internacional son claves. En Latinoamérica se han podido apreciar designios de recuperación ética en cuanto a la relación entre el ser humano, su desarrollo científico y tecnológico y el medio ambiente. Un ejemplo claro es la Constitución de Ecuador de 2008, que ratifica de manera muy original una *ética biocéntrica*, la cual se emparenta con la defensa de la vida de todos los seres vivos, y desplaza de esta manera a la ética antropocéntrica, que ponía en la centralidad al ser humano, siendo esta última una herencia del racionalismo cartesiano, que separaba abruptamente los derechos de la naturaleza de los del hombre. El profesor Elvio Galati lo devela de manera muy acabada: “Llegará el momento en que tomemos consciencia de que habitamos en la naturaleza, ‘la somos’, lo cual no es una incongruencia gramatical si tengo la intención de señalar que somos con la naturaleza, que somos en la naturaleza, que somos la naturaleza”¹². Sin nombrar la ética biocéntrica, sin lugar a dudas se la reconoce en variados artículos que hablan de los derechos de la naturaleza.

En esta nueva Constitución, la naturaleza se considera como sujeto de derechos y valora, así mismo, a la naturaleza en su artículo 71 como aquella “donde se reproduce y realiza la vida”. Estas concepciones devienen de nuestros pueblos ancestrales, los cuales relacionaban el concepto de vida al de un entrelazamiento armónico del ser humano con la naturaleza o pachamama. El buen vivir es una forma de proteger la dignidad humana, los derechos humanos, la igualdad, la justicia, la no discriminación y el respeto de la diversidad cultural y el pluralismo. El buen vivir va más allá de la mera protección de la naturaleza, también busca la dignidad humana frente al mundo. De esta forma, “...la raíz ideológica de la cultura del buen vivir es por completo ajena al exabrupto cartesiano, puede fundar una ética entre todos los entes que formamos parte del planeta sin renunciar a la señalización dignificante del ser humano”¹³.

La ética biocéntrica es una forma de resguardar la vida, y he aquí

¹² GALATI, op. cit., p. 80.

¹³ ZAFFARONI, E. R., “La pachamama y el humano”, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2012, p. 146.

lo fundamental para avanzar en un acceso a una salud más igualitaria y equitativa. Una buena salud debe estar acompañada de un cambio de filosofías, en donde los valores a favor del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos para la conveniencia toda de la especie humana recobren un papel fundamental. Porque: “La norma jurídica puede mandar proteger el ambiente, en cualquiera de sus formas. Ocurre que muchas veces el lucro, el egoísmo, y la desidia de algunos, no lo reconocen de esta manera, y es necesario dotar al hombre de categorías y herramientas jurídicas más allá de las normatividades, para poder reparar o prevenir daños, en este caso, ambientales. De ahí la vital importancia de las dimensiones sociológica y dikelógica en la Bioética y el Bioderecho”¹⁴. La salud debe ser considerada como un bien comunitario, y no como un bien particular. Los derechos de incidencia colectiva poseen una pertenencia social, tal como exclama la Constitución Nacional argentina; por lo tanto, nadie puede arrogarse su titularidad, aunque cualquiera pueda defenderlos (por ej.: por vía de amparo colectivo). La función de protectores sociales de la naturaleza para mejores condiciones de salud pública e individual es primordial. La salud considerada como una riqueza capital para el bienestar comunitario es el próximo paso que debemos dar, en concordancia con una nueva ética que nos permita abrazarnos con la naturaleza, sin separarla de nuestro Derecho, para pasar a considerarla como parte fundamental para la supervivencia del ser humano. En fin, hay muchos modos de violencia y marginación extrema, y uno de ellos es el del genocidio silencioso y abrupto que estamos llevando a cabo contra toda forma de vida que habita este planeta. Debemos desterrar todos los conceptos y prácticas de colonización que ejercen sobre nuestro territorio, y comenzar a aprovechar de modo eficiente las riquezas que la naturaleza nos brinda. La Constitución de Ecuador ha realizado grandes avances en este sentido, enumerando el acceso universal al agua, considerándola como universal e irrenunciable; el derecho a un acceso seguro y permanente de alimentos sanos, suficientes y nutritivos, y fomentando el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes como enclave fundamental para una

¹⁴ GALATI, op. cit., p. 84.

excelente relación entre la ciencia y la naturaleza. Ha avanzado en el sentido de enumerarlos y sentar los nuevos principios éticos para el futuro, aunque claramente aún falta su efectivización, lo cual sólo puede darse con un accionar decidido del Estado.

Para lograr aquello, la salud debe eliminar su burocratización y comunitarizarse. Si se comunitariza, se elimina su burocratización, que equivale a la liberalización de las instituciones y los derechos. De nada les sirve a las mayorías populares una salud liberalizada, pues implica individualización, lo que conlleva a la protección de los “usuarios”, y no ya de las personas consideradas dentro de una sociedad y un entorno natural; podríamos decir que se convierten en *entes*¹⁵ para dejar de ser *personas*¹⁶. Los usuarios se convierten en entes individualizados, fuera del todo –sistema–, para ingresar sólo en caso de poseer las posibilidades económicas. Con respecto a la comunidad, el filósofo argentino Enrique Dussel en su libro “Ética comunitaria” se expresa de la siguiente manera: “El ‘montón’ se hace comunidad, se hace ‘pueblo’. En la comunidad todos son personas para personas; las relaciones son prácticas, y la praxis es de amor de caridad: cada uno sirve al otro por el otro mismo en la amistad de todos en todo. Por ello todo es común. ‘Imaginémonos una asociación de hombres libres’, decía un autor; esto sería, justamente, una comunidad donde la individualidad se realiza plenamente en la plena comunicación comunitaria. La comunidad es el sujeto real y el motor de la historia; en ella estamos ‘en casa’, en seguridad, en común”¹⁷. Siempre cuando se piensa en una ley, se lo hace en vistas a una ley que garantice cierta permanencia o avance en un estadio de burocratización/liberalización de la salud, cuando en realidad lo que necesitamos es el retroceso de aquellas características. La comunidad es el sujeto real y el motor de la historia¹⁸,

¹⁵ Heidegger dice que el ente es “todo lo que es”, por ejemplo: la salud, el bienestar, la persona, una sociedad, etc. Pero el ente carece de algo importante que es la pregunta radical: por qué.

¹⁶ En el caso inverso, el “ser del ente”, es todo aquel ente que se pregunta “por qué”. ¿Por qué estoy aquí? ¿Por qué esta ley? ¿Por qué...?

¹⁷ DUSSEL, E., “Ética comunitaria”, Cristianismo y Sociedad, México, 1981, p. 19.

¹⁸ Íd.

todos los encargados de la cobertura de la salud; por ejemplo, las medicinas prepagas, no entienden que sólo se desarrollan en tanto en cuanto tengan sus “usuarios”, porque como dije anteriormente, les dicen usuarios, y no personas, despersonalizándolos. En primer lugar, para cambiar la concepción de “usuarios” se necesita que la salud sea común, de todos y para todos; y en segundo lugar, que a las personas se las pase a considerar como personas extendiendo más allá el concepto de comunidad, haciéndolo llegar hasta todo aquello que hace posible la subsistencia humana.

Conclusión

La Constitución de Ecuador sienta un precedente para toda la legislación latinoamericana y mundial, que aún no ha logrado encausar una relación entre el Derecho de la Salud, la Bioética y el Derecho Ambiental, aunque hay claras muestras que va camino a ello. Los principios de prevención y precaución entregan bastiones de lucha imprescindibles para el futuro que deben comenzar a ser estudiados y a ser aplicados de las diversas maneras posibles. La naturaleza comienza a tener “alma”, lo cual también le permite desarrollarse en tanto sujeto de derechos. La comunitarización de aquellos derechos, es decir, hacerlos parte del todo, es indispensable para comenzar a desterrar el hábito individualista, burocrático y mercantilista de la salud y de todas las ramas transversales a ésta.

Bibliografía

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Corte Internacional de Justicia, 13-7-2006, “Asunto relativo a las plantas de celulosa sobre el río Uruguay, Argentina c/Uruguay” (medidas provisionales), disponible en francés e inglés en <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf>, 1-6-2017.
- DUSSEL, Enrique, “Ética comunitaria”, México, Cristianismo y Sociedad, 1981.
- FLAX, Javier, “Autonomía científica, interdisciplina y derechos humanos”, Buenos Aires, Ediciones Apagocé, 2017.

- GALATI, Elvio, “El Código Civil y Comercial de 2015 ante la complejidad del Derecho de la Salud”, en Cartapacio de Derecho, vol. 29, Azul, Facultad de Derecho, Unicen, 2016.
- “El Derecho Ambiental en el Derecho planetario. El hombre y la naturaleza hacia la auto-eco-re-organización”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2009.
- GUDYNAS, Eduardo, “Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales”, Buenos Aires, Tinta Limón, 2015.
- <https://www.pagina12.com.ar/14071-otro-derrame-de-la-barrick-gold>, 13-1-2017.
- JUSTE RUIZ, José y BOU FRANELI, Valentín, “El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010”, en Revista electrónica de estudios internacionales (núm. 21), 2011.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “El asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay”, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010.
- MORIN, Edgar, “La vía para el futuro de la humanidad”, Barcelona, Espasa Libros, 2011.
- RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, “Agua, glaciares y minería en Mendoza: Estado de situación y perspectivas”, Buenos Aires, Informe Ambiental Anual 2013, FARN, Departamento de Ciencias Ambientales de la Universidad de Congreso de Mendoza, 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio R., “La pachamama y el humano”, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

VIOLENCIA OBSTÉTRICA: ¿QUÉ ES Y POR QUÉ SE PRODUCE?

por CANDELA DE MARCHI*

Para cambiar el mundo, primero
hay que cambiar la forma de nacer.

MICHEL ODENT

SUMARIO: 1. ¿De qué hablamos cuando decimos violencia obstétrica? ¿Qué es la violencia obstétrica entonces? 2. Algunas cifras y comentarios para comprender el tema. 3. La contracara de la violencia obstétrica: parto respetado, ley nacional 25.929. 4. La violencia obstétrica: una cuestión cultural. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Resumen

El objetivo del presente trabajo es poner en discusión la praxis médica en la atención al embarazo, parto y posparto en Argentina en la actualidad con una perspectiva de género y desde una mirada global (es decir, contextualizando y analizando la “praxis” como un todo que tiene que ver no sólo con la pericia técnica –como tradicionalmente se ha abordado la misma–, sino también con la parte humana y ética del personal médico-sanitario). Analizaremos la normativa pertinente (Ley de Protección Integral a las Mujeres, Ley de Parto Humanizado, Ley de Derechos del Paciente, etc.), en conjunción con testimonios de mujeres.

* Estudiante de grado de la Universidad Nacional de Rosario.

Intentaré discernir si la violencia obstétrica y su correlato, el derecho a un parto respetado, es una cuestión que se tiene que discutir desde la norma o si es un tema a abordar bajo un cambio de paradigma sociocultural acompañado por la norma, como positivización de una realidad.

Abstract

The objective of the present study is to discuss the medical praxis in the care of pregnancy, childbirth and postpartum in Argentina, currently with a gender perspective and from a global perspective (*i. e.*, contextualizing and analyzing praxis as an all that has to do not only with technical expertise –as traditionally has been approached–, but also with the human and ethical part of the medical-health personnel). We will analyze the relevant norms (Humanized Childbirth, Patient Rights Law, etc.), in conjunction with testimonials from women and doctors.

I will try to discern whether obstetric violence and its correlate, the right to a respected birth, is an issue that has to be discussed from the norm or if it is an issue to be addressed under a socio-cultural paradigm shift accompanied by the norm, as positivization of a reality.

Palabras clave

Género. Derechos humanos. Violencia obstétrica.

Keywords

Gender. Human rights. Obstetric violence.

1. ¿De qué hablamos cuando decimos violencia obstétrica? ¿Qué es la violencia obstétrica entonces?

La violencia obstétrica es una de las tantas modalidades de violencia contra las mujeres, reconocida desde el año 2009 por la ley nacional 26.485 (Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales). Se la define en el artículo 6º, inciso e,

de la mencionada normativa como “...aquella que *ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929*” (el resaltado me pertenece).

La violencia obstétrica se enmarca dentro de las violaciones a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Entendidos los derechos reproductivos como el disfrute de una vida sexual placentera, sin discriminación, sin violencia, acompañada con salud y libertad de decisión, y los derechos reproductivos a todo lo relacionado a la capacidad de decidir cuándo tener hijos/as, en qué intervalos tenerlos/as, a los cuidados de salud, a las opciones para poder procrear, etcétera. Se la entiende entonces a la violencia obstétrica como “la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato jerárquico deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres”¹.

Así, la misma consiste en un abuso de prácticas innecesarias, tales como:

- Rotura artificial de bolsa.
- Episiotomía² innecesaria.
- Maniobra de Kristeller³.
- Todo tipo de tratos deshumanizantes, como utilizar diminutivos o frases que infantilicen a la mujer tales como “mamita”, “nena”, etcétera, o comentarios descalificatorios o en tono de chiste en base a los comportamientos al momento de parir.

¹ BARRIA OYARZO, C. S. y RIVERA LEINECKER, L., “Salud y género. Una mirada sobre la violencia obstétrica”, en *Revista Diálogos*, vol. 5, núm. 1, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de San Luis, San Luis, junio de 2016, ps. 99 y 100.

² Incisión que se practica en el periné de la mujer, partiendo de la comisura posterior de la vulva hacia el ano, con el fin de evitar un desgarro de los tejidos durante el parto y facilitar la expulsión de la criatura.

³ Consistente en empujar el abdomen de la mujer embarazada hacia abajo por parte de alguien del equipo médico durante el trabajo de parto.

- No dejar a la mujer brindar su consentimiento informado y suplir su voluntad con la de algún familiar por parte del equipo médico.
- Aplicación de suero con oxitocina sintética⁴, de manera protocolizada y por ende indispensable en la atención del parto.
- Realización de cesáreas innecesarias.
- Impedir la libertad de movimiento al momento del parto e imponer por parte del equipo médico una sola posición al parir.
- No dejar que la mujer esté acompañada en todo el proceso por alguna persona de su confianza que ella elija para acompañarla.
- No dejar beber agua o comer tal como si fuera el momento del parto un proceso de enfermedad a estirpar.

Puede verse a través de los ejemplos que la violencia obstétrica constituye una violación a los derechos humanos de las mujeres, tanto como manifestación de la violencia de género contra las mismas como desde el enfoque del derecho a la salud como un derecho humano. El derecho a la salud está vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos de los cuales también depende. No puede entenderse como un derecho aislado, sino que debe ser comprendido desde una concepción integral de los derechos humanos y en específico en lo relativo a las mujeres debe ser un acceso al mismo libre de violencia y discriminación basada en el género. La existencia de estos derechos obliga al Estado argentino a garantizar y propiciar el acceso a la salud de las mujeres y todos los ámbitos en donde desarrollen sus relaciones interpersonales, tal como se comprometió nuestro país al ratificar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer por la ley nacional 26.171 (Ley de Aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999), dándole jerarquía constitucional a la misma.

2. Algunas cifras y comentarios para comprender el tema

Ni Una Menos es un movimiento contra la violencia machista, el

⁴ Hormona para acelerar las contracciones al momento del parto.

cual se propuso elaborar un instrumento que permita medir la violencia machista en Argentina como forma de desnaturalizar las formas y modalidades de la misma (obstétrica, económica, mediática, institucional, etc.) así como herramienta de sensibilización y difusión de la problemática.

A este proyecto lo llamaron: “Argentina cuenta la violencia machista” y fue desarrollado sin financiamiento, sólo con la predisposición de periodistas, especialistas, voluntarios y voluntarias. A partir de esto, se construyó un cuestionario que contó con ciento ochenta y seis preguntas, en donde se invitó a las mujeres a realizarlo de forma online y completamente anónima. Del mencionado cuestionario surgieron los siguientes datos: “El 97% de las mujeres encuestadas sufrió al menos una vez una situación de acoso en los espacios públicos y privados. El 77% de las mujeres encuestadas sufrió al menos una vez una situación de violencia obstétrica. En la Provincia de Santa Fe el 56% del total de san- tafesinas sufrió al menos una vez una situación de violencia obstétrica”⁵.

A pesar de estos índices, y de las constantes campañas de difusión de derechos, la violencia obstétrica sigue siendo una de las modalidades más naturalizadas de violencia contra las mujeres, y de la cual la mayoría de la sociedad desconoce que constituye una modalidad de violencia reconocida en la Ley Nacional 26.485 de Protección Integral a las Mujeres. Las mujeres que lo sufrieron muchas veces no conocen el término hasta después de investigar y hacer consultas por grupos de redes sociales e Internet, después de repensar su parto y sentir que haya sido violento o al hablarlo con otras mujeres que pasaron por lo mismo; así lo relató Patricia a un medio de comunicación: “«Nunca había escuchado hablar de violencia obstétrica», conoció la expresión después entre páginas webs”⁶.

⁵ DÍAZ, J.; GREG DIUK, C.; GARCÍA, F.; LABOZZETTA, M.; BELSKI, M.; ARCIDIÁCONO, V. y DI TOMASSO, C., “Mujeres x Igualdad”; MARTÍNEZ, A., “Un Techo para mi País”, Secretaría de Comunicación del Hospital Garrahan; LOZANO, M.; GALVA, G.; RODRÍGUEZ, P.; GIMÉNEZ, P.; PANIAGUA, J.; GÓMEZ MAR, L.; CAHN, L.; GIACCAGLIA, L.; SABADDINI, M.; CIOTTI, L.; BRIGNOLE, M.; CORONEL, L. y Fundación Avon, “Fundación Sí, Garganta Poderosa. Argentina Cuenta la Violencia Machista”, visitada el 5-8-2017.

⁶ STRUMINGER, B., “Violencia obstétrica: mujeres maltratadas en la soledad de la sala de parto”, La Nación, <http://www.lanacion.com.ar/1836454-violencia-obstetrica>, visitada el 7-8-2017.

La violencia obstétrica no discrimina por clases sociales, ni edades, ni áreas geográficas: la sufren desde las mujeres sin cobertura médica que van a parir a hospitales públicos hasta las que van a parir a instituciones privadas con cobertura prepaga.

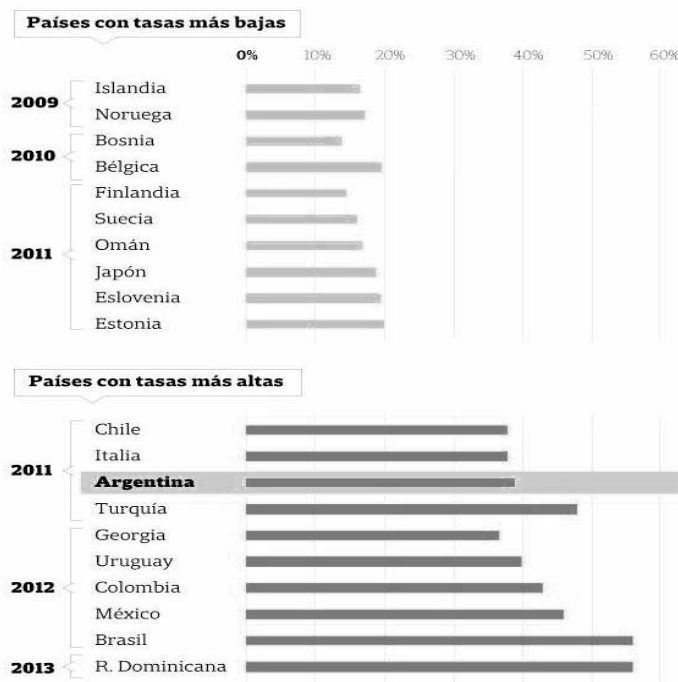
A pesar del marco normativo de protección de las mujeres ofrecido por nuestro orden jurídico que va desde lo más alto de la pirámide kelseniana, empezando por la Convención con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como la adhesión de nuestro país a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, pasando luego a nuestra Ley Nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, la cual define a la violencia obstétrica remitiéndonos a la Ley 25.929 de Protección del Embarazo y el Recién Nacido, que trae una descripción en correlato del derecho de mujeres, niños y niñas al nacer y de las familias al momento del parto, agregando también como norma tuitiva la Ley 26.529 de Derechos del Paciente con su reglamentación, la cual hace un delineamiento de los fundamentos y principios básicos de la relación médico/a-paciente, vemos que la violación de los derechos humanos de las mujeres al momento de parir se ha acrecentado constantemente, entre los años de sanción de las normativas y la actualidad, en todas las instituciones de salud, ya sean públicas o privadas, y en muchas ocasiones está sistematizada y protocolizada en dichas instituciones.

Reflejo de lo expuesto precedentemente son los datos que pasaré a aportar: *“En la Argentina, alrededor del 40% de los partos ya son por cesárea. Aunque el crecimiento de estas intervenciones viene registrándose desde hace más de una década, sanitaristas y epidemiólogos advierten que la tendencia parece no tener techo y que podría llevar a que en menos de una década el 50% de los bebés nazcan por esta vía.* Dos trabajos que acaban de publicarse en ‘Paediatric and Perinatal Epidemiology’ agregan evidencias sobre este escenario. Realizados en 259 hospitales de 20 países de ingresos medios y bajos, muestran que entre 2004 y 2011 esta modalidad aumentó, en promedio,

un 4% anual” (el resaltado me pertenece)⁷. Paradójicamente, como ya expuse, aumentó entre los momentos de sanción de las leyes tuitivas como la de protección de las mujeres, de protección del parto y de derechos del paciente.

El ranking en el mundo

La Argentina está ubicada entre las naciones donde más cesáreas se registran



Fuente: Pediatric and Perinatal Epidemiology 2017, *La Nación*

Así, los estudios demuestran que una de las regiones con mayor tasa de cesáreas es, precisamente, América Latina, con alrededor del 40,5%. “En el país, se calcula que en los hospitales públicos las cesáreas oscilan entre el 30 y el 35% de los partos, y en los privados sin fines de lucro rondan el 50%”, detalla Fernando Althabe, obstetra y profesor

⁷ BAR, N., “Cesáreas sin freno: alertan que el 40% de los partos son por esa vía en la Argentina”, *La Nación*, www.lanacion.com, visitada el 9-8-2017.

de Salud Pública en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y director del Departamento de Investigación en la Salud de la Madre y el Niño del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS) de Buenos Aires.

Esto se debe a que la violencia obstétrica se circunscribe en el paradigma médico-hegemónico vigente, el cual tiene una perspectiva de la salud y de la relación de los y las profesionales de la salud con el o la paciente sumamente esencialista y biologicista, y desde aquí se dan relaciones de poder y se disciplinan los cuerpos desde los discursos expertos, que resultan indiscutibles, que vienen desarrollando las diversas ciencias modernas. Asimismo, no puede dejar de soslayarse que la atención de la salud está inserta en una cultura machista y patriarcal que el paradigma médico-hegemónico sigue reproduciendo: “quienes participan de los sectores de poder hegemónicamente instalados, es decir, con escasas posibilidades de ser contrariados o juzgados, manipulan sus conocimientos para mantener su posición. Cuando nos referimos a médicos en relación con la mujer parturienta ya no se trata sólo de sus conocimientos, sino de sus prejuicios, sus creencias, sus ansiedades y fantasías acerca del interior del cuerpo de las mujeres, su tensión frente a tener que reconocer que él también emigró desde el interior de un cuerpo de mujer. Y la puesta en acto de ese poder del que dispone y que es hegemónico en tanto en cuanto no tiene en cuenta a la que es sujeto de su atención, se abroquela en las técnicas que la medicina le aporta y que pone en práctica en el cuerpo de esa mujer”⁸.

3. La contracara de la violencia obstétrica: parto respetado, ley nacional 25.929

El parto, en algunos casos, representa la culminación del acto sexual, con lo que ello implica, en la mayoría de los casos o bien en el caso de las técnicas humanas de reproducción asistida, la subjetividad del gestante.

“El término ‘parto respetado’ o ‘parto humanizado’ hace referencia a una modalidad de atención del parto caracterizada por el respeto a

⁸ BARRIA OYARZO y RIVERA LEINECKER, op. cit., p. 100.

los derechos de los padres y los niños y niñas en el momento del nacimiento. Es decir, en consonancia con las necesidades y deseos de la familia que va a dar a luz fundamentándose en la valoración del mundo afectivo-emocional de las personas, donde cada intervención del sistema de salud impacta de manera diferente y distintiva en la mujer-sujeto que recurre a la ayuda de ser necesaria, al acompañamiento y cuidado de un profesional y el equipo de salud”⁹.

Cuando se habla de parto humanizado, se habla de generar un espacio de contención donde la mamá y su bebé sean los protagonistas y donde el nacimiento se desarrolle de manera natural, como lo es el mismo hecho de la gestación.

Desde 2004, en la Argentina existe la ley 25.929 de derechos de madres, padres e hijos/as durante el proceso de nacimiento y su reglamentación (decreto 2035/2015). La norma ordena una serie de premisas basadas en el concepto dado de parto respetado, que los servicios de salud públicos y privados deben tener en cuenta en el embarazo, trabajo de parto y posparto, promoviendo que se respete a la familia en sus particularidades –raza, religión, nacionalidad– y que se la acompañe en la toma de decisiones seguras e informadas.

La norma establece una serie de derechos y tratos que deben recibir la madre, el recién nacido/a y la familia.

La madre tiene derecho:

- A ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pueden tener lugar durante el parto y posparto y participar activamente en las decisiones acerca de las alternativas distintas, si es que existen.
- A ser considerada como persona sana, de modo que se facilite su participación como protagonista de su propio parto.
- A un parto respetuoso de los tiempos biológico y psicológico, evitando prácticas invasivas y el suministro de medicación que no estén justificados.
- A ser informada sobre la evolución de su parto, el estado de su

⁹ Ministerio de Salud de la Nación, <http://www.msal.gob.ar/index.php/contacto/354-parto-respetado>, visitada el 9-8-2017.

hijo o hija y, en general, a que se la haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales.

- A no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación.
- A elegir quién la acompañará durante el trabajo de parto, parto y posparto.
- A tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia en el establecimiento sanitario, siempre que el recién nacido no requiera de cuidados especiales.
- A ser informada, desde el embarazo, sobre los beneficios de la lactancia materna y recibir apoyo para amamantar.
- A recibir asesoramiento e información sobre los cuidados de sí misma y del niño o niña.
- A ser informada específicamente sobre los efectos adversos del tabaco, el alcohol y las drogas sobre el niño o niña y ella misma.

Toda persona recién nacida tiene derecho:

- A ser tratada en forma respetuosa y digna.
- A su inequívoca identificación.
- A no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación o docencia.
- A la internación conjunta con su madre en sala.
- A que sus padres reciban adecuado asesoramiento e información sobre los cuidados para su crecimiento y desarrollo, así como de su plan de vacunación.

El padre y la madre de la persona recién nacida en situación de riesgo tienen los siguientes derechos:

- A recibir información comprensible, suficiente y continuada, en un ambiente adecuado, sobre el proceso o evolución de la salud de su hijo o hija, incluyendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento.
- A tener acceso continuado a su hijo o hija mientras la situación clínica lo permita, así como a participar en su atención y en la toma de decisiones relacionadas con su asistencia.
- A un consentimiento informado sobre cualquier práctica médica que se le realice al niño o niña.
- A que se facilite la lactancia materna de la persona recién nacida.

- A recibir asesoramiento e información sobre los cuidados especiales del niño o niña.

La Ley de Parto Humanizado debe ser integrada en su mirada con la ley nacional 26.529 (Ley de Derechos del Paciente en su Relación con Profesionales e Instituciones de Salud), la cual establece principios y delineamientos básicos de la relación médico/a-paciente y derechos básicos de estos/as últimos, tales como:

- Recibir un trato digno y respetuoso; derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud.
- El o la paciente tienen derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.
- Tienen derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente.
- Trato digno y respetuoso. El o la paciente tienen el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.

Esta ley trae un cambio paradigmático en el modo de ver la relación médico-paciente, saliendo del paradigma médico-hegemónico para poner ahora en el centro de la relación la autonomía de la voluntad del o de la paciente, entendida esta autonomía como parte de la dignidad humana, en donde el o la paciente sean parte integral de su tratamiento médico pudiendo decidir por sí mismo/a de forma autónoma qué es lo mejor para el cuidado de su salud en base al consentimiento informado. El consentimiento informado constituye una figura que la Ley de Derechos del Paciente la regula como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el o la paciente, o por sus representantes legales

en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Así, vemos que en orden a la atención del embarazo, parto y posparto a la mujer se le vulnera básicamente lo fundamental, que es su dignidad humana, no dejándola tomar decisiones por sí misma, violando completamente su autonomía y por ende su libertad. Ahora cabe preguntarnos: ¿Por qué? ¿Qué es lo que pasa en la atención de la mujer al momento del embarazo, parto y posparto? ¿Por qué no se respeta la normativa? A mi parecer, es hora de adentrarse en el terreno cultural y empezar a analizar la relación médico-paciente y a las instituciones sanitarias y equipos médicos y a los pacientes en su entorno socio-cultural-económico.

4. La violencia obstétrica: una cuestión cultural

Si vamos a la etimología de la palabra obstetricia, ésta deriva del latín *obstetrix*, *obstetricis*, “la que se pone enfrente” y de ahí “comadrona”, por ser ésta la posición que ocupa en el parto. De la raíz indoeuropea de estar.

Sin embargo, cuando vemos la práctica de la obstetricia, observamos que ésta no se circunscribe sólo al observar, mirar de frente, sino que por los relatos expuestos anteriormente la praxis médica de la obstetricia es intervenir de manera no fisiológica el proceso natural del parto.

Se protocolizan una serie de acciones invasivas sobre el cuerpo de la mujer gestante que obstan mucho de los objetivos y primicias de los marcos protectivos que nos brindan las leyes. Esto tiene que ver con un rol hegemónico y tradicional que ha tenido la praxis médica a lo largo del tiempo sobre el cuerpo de sus pacientes; desde hace un tiempo a la actualidad y con la Ley de Derechos del Paciente se intentó cambiar este paradigma y que se pase a un rol de plena autonomía

del paciente en donde éste tiene total poder de decisión sobre su cuerpo y salud, y el médico sólo asesora, acompaña y ayuda en el caso de ser necesario. Éste es un objetivo a alcanzar y si bien no se termina de efectivizar lo cierto es que en la atención de las mujeres en el trabajo de parto, parto y posparto directamente no se produce.

A mi entender, tanto la violencia de género como la violencia institucional en salud son posibles porque las sostienen sistemas de poder jerárquicos de género y de salud, respectiva e interconectadamente. Así, se plantea que si la violencia forma parte de la vida cotidiana de las mujeres van a naturalizar y tolerar más un sistema violento de atención; tampoco el personal de salud está exento de esto, sino que los mismos están insertos en una sociedad que naturaliza y reproduce la violencia hacia las mujeres, entendiendo que las relaciones de género son fenómenos socioculturales que estructuran la perpetuación de la vida humana en sociedad de modo tan fundamental y enigmático como, por ejemplo, los sistemas de parentesco. De este modo, se establece que para que la violencia de género pueda existir es preciso que una sociedad haya previamente inferiorizado, discriminado y fragilizado al grupo social femenino, en donde la discriminación debe permanecer oculta, y los discriminados deben articularse con el resto de la sociedad de tal modo que no peligren las reglas de discriminación vigentes.

Por su parte, la violencia generada por las prestadoras de servicios se asienta en un sistema de salud altamente jerarquizado, en un contexto de relaciones médico-paciente caracterizadas por las asimetrías de poder y por la apropiación del sistema sobre las decisiones vitales sobre el cuerpo de sus usuarios/as. Esto crea condiciones específicas sobre la concepción sobre el cuerpo para la clínica obstétrica. Cada cuerpo sobrevive en una cultura para la cual ha sido construido y a su vez cada ordenamiento social funciona con cuerpos que están acordes al mismo; existe así un cuerpo capitalista y uno precapitalista, un cuerpo construido a partir de la medicina occidental y otro para aquellas medicinas no occidentales.

5. Conclusiones

Me parece importante resaltar la conclusión a la que creo haber llegado, que es que el problema de la violencia obstétrica se estructura

sobre una cultura que reproduce los roles de género y los mantiene, en donde la praxis médica no está exenta y por ende se produce este tipo de violencia en la atención de la salud por estar el equipo médico inmerso en una cultura que se estructura en base a la violencia y violencia machista, donde se ven claramente relaciones de poder y jerarquía. Por lo tanto, es necesario tener todo el velo protectorio de las normas pero a su vez es muy importante la evaluación y fidelidad de la norma con la realidad social, a fin de poder identificar el objeto de la problemática.

6. Bibliografía

- BARRIA OYARZO, Carlos Sebastián y RIVERA LEINECKER, Leonela, “Salud y género. Una mirada sobre la violencia obstétrica”, en Revista Diálogos, vol. 5 (núm. 1), San Luis, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de San Luis, junio de 2016, ps. 97-103.
- BELLI, Laura F., “La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos”, en Revista Redbioética, Año 4, 1 (7): 25-34, Unesco, enero-junio de 2013.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Introducción al Bioderecho” (ficha).
- FACIO, Alda, “Feminismo, género y patriarcado” (ficha).
- FAÚNDES, José Manuel; SGRÓ RUATA, María Candelaria y VAGGIONE, Juan Marco, “Sexualidades, desigualdades y derechos: reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos”, en Revista Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ciencia, Derecho y Sociedad.
- FOUCAULT, Michel, “Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión”, 1ª ed. esp., Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- MAGNONE, Natalia, “Derechos sexuales y reproductivos en tensión: intervencionismo y violencia obstétrica” (ficha).
- Organización Mundial de la Salud, “Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en los centros de salud”, 2014 WHO/RHR/14.23.
- STOLCKE, Verena, “La mujer es puro cuento: la cultura del género”, Universidad Autónoma de Barcelona (ficha).

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN DOS FALLOS DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

por **DIEGO MENDY***

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Dimensión fáctica del tratamiento de la discapacidad en nuestro Derecho. 3. Evolución conceptual en las normas sobre discapacidad. 4. El marco tuitivo de las personas con discapacidad en relación con la educación. 5. Educación inclusiva. 6. Educación secundaria y discapacidad: el fallo “Rodríguez, César Alan c/GCBA y otros s/Amparo”. 7. Educación universitaria y discapacidad: el fallo “Naranjo, Emiliano P. c/Universidad Nacional de La Matanza”. 8. Ideas finales. Desafíos futuros. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo pretende mostrar los avances que ha tenido en las últimas décadas la protección convencional a las personas con discapacidades en relación con su derecho a la educación, y la forma en que la jurisprudencia le ha dado vida a este nuevo paradigma. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante observaciones generales, ha destacado la importancia de la implementación de “ajustes razonables” en las modalidades de enseñanza, mediante los cuales sea posible alcanzar un trato igualitario en los procedimientos de evaluación y examen, que certifiquen las capacidades y logros de los alumnos con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás. La jurisprudencia argentina ha receptado en forma clara estas

* Ayudante alumno de la Cátedra A de Derecho Privado. Parte general de la carrera de grado de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

disposiciones, provenientes de los sistemas de protección internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cumpliendo en parte el compromiso de los Estados en garantizar su acceso. Sin embargo, en la realidad, las universidades argentinas, y en especial las no aranceladas, todavía se encuentran lejos de cumplir con lo regulado y ser accesibles para las personas con discapacidad, no sólo en cuestiones vinculadas a instalaciones e infraestructura (como puede ser la falta de rampas), sino también con relación a contenidos curriculares.

Abstract

This paper aims to show the advances that the conventional protection of people with disabilities has made in recent decades, related to their right to education, and the way in which the Argentine jurisprudence has given life to this new paradigm. The Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), through general observations, has emphasized the importance of implementing “reasonable adjustments” in learning modalities, through which can be achieved equal treatment in evaluation and examination procedures, and certify the abilities and achievements of students with disabilities on equal basis. Argentine jurisprudence has been clearly receptive of these provisions originated in the international protection systems, especially the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, according to the commitments assumed by the States to guarantee learning access. However, in fact, Argentine universities, and especially those not subjected to a fee, are still far from complying with the regulations, and to be accessible for people with disabilities, not only in matters related to facilities and infrastructure (*e. g.*: lack of ramps), but also in relation to curricular contents.

Palabras clave

Derecho. Educación. Salud. Discapacidad. Ajustes razonables.

Keywords

Law. Education. Health. Disabilities. Reasonable adjustments.

1. Introducción

La posibilidad de esbozar un concepto de educación no resulta fácil; sin embargo, podemos referirnos a ella en dos sentidos. El primero, entendiéndola como un proceso general de transmisión de conocimientos, de generación en generación, que nos lleva a caracterizarla como intergeneracional. Este proceso varía según la concepción que se sostenga con relación a la persona humana en sí misma y vinculada a los demás. De cualquier forma, resulta natural en la especie humana, compuesta por individuos que cuando nacen no poseen indicadores de conducta previamente establecidos. La educación encuentra motivo “en la necesidad que tiene el individuo de recibir influencias de sus iguales para dotarse de las características que son propias de los humanos”¹.

La segunda noción de educación es la que entendemos como “educación formal”. Con ello nos referimos a la denominada escolarización, que se imparte en los niveles y las modalidades establecidas (generalmente) por el Estado, y que a su vez se nutre en su organización, funcionamiento y métodos por objetivos presupuestados por éste².

En este sentido, el derecho a la educación ha contado con la protección del sistema normativo nacional desde la Constitución de 1853, que pone a cargo de las provincias la prestación del servicio de educación primaria. Cabe recordar que el texto original del año 1853 agregaba a este enunciado la calidad de “gratuita”, la cual fue suprimida por la reforma constitucional de 1860, con la reunificación de la Confederación y Buenos Aires, debido a las condiciones financieras de las provincias. Como bien nos cuenta Gelli, la misma Constitución preveía la posibilidad de que el Congreso nacional destinara recursos del Tesoro a los presupuestos provinciales cuyas rentas propias no alcanzaran a cubrir.

Nos volvemos a encontrar con el derecho a la educación en su faz constitucional cuando vemos que el artículo 14 nos habla del “derecho

¹ LUENGO NAVAS, J., “La educación como hecho”, en DEL POZO ANDRÉS, M.^a del M.; ÁLVAREZ CASTILLO, J. L.; LUENGO NAVAS, J. y OTERO URTZA, E., *Teorías e instituciones contemporáneas de educación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004; <http://www.ugr.es/~fjjrios/pce/media/1-EducacionHecho.pdf>, 5-9-2017.

² GELLI, M.^a A., “Educación y cultura, espejos de la política argentina”, en *La Ley Online*, AR/DOC/4439/2015.

de enseñar y aprender”. También en el artículo 67, inciso 16 original, que al enumerar las facultades del Congreso sostiene entre ellas la de “Proveer lo conducente [...] al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria...”

Por supuesto, todo esto debemos entenderlo dentro del modelo educacional y cultural dentro del cual tiene origen la Constitución de 1853/60. Como bien nos recuerda el maestro Ciuro Caldani, “la educación se relaciona, de maneras más o menos armónicas, en relación con modelos culturales”, señalando además que “la educación argentina está signada por los conflictos entre el sector hispánico tradicional y el anglofrancés”³. No es la intención de esta introducción formular un desarrollo histórico extenso, pero sí reconocer con justicia el papel de fundadores e impulsores del sistema educativo argentino que han tenido para la cultura argentina naciente: Mitre, Sarmiento, Avellaneda, e incluso Roca, claramente identificados con el modelo anglofrancés.

Este conjunto de normas iniciales ha quedado desactualizado frente a las nuevas necesidades de protección, propias del actualizado paradigma de los derechos humanos. La reforma de 1994, con la inclusión de ciertos tratados internacionales con jerarquía constitucional, fue el primer paso en la producción de esta ampliación de derechos.

Aquí encuentra lugar, entre muchas otras cuestiones, el acceso a la educación de las personas con algún grado de discapacidad. A continuación, realizaremos un análisis de las principales herramientas convencionales que captan los derechos de estos sujetos con relación a la educación, y que fueron receptados por la jurisprudencia argentina en distintas ocasiones problemáticas.

2. Dimensión fáctica del tratamiento de la discapacidad en nuestro Derecho

El término “discapacidad” se emplea para denominar un amplio campo de condiciones. Existen múltiples clasificaciones sobre la cuestión, pero las clásicas optan por separar entre: a) auditivas, que implican una alteración cuantitativa en la correcta percepción auditiva; b) vi-

³ CIURO CALDANI, M. Á., “Notas para una teoría tridimensional de la educación”, en *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 36, Rosario, 2015, p. 180.

suales, que pueden comprender desde la ausencia total de la visión hasta alteraciones que suponen una dificultad para llevar a cabo ciertas tareas; c) motoras, que se corresponden con aquellas que impiden la realización de ciertos movimientos y la autosuficiencia del individuo; d) cognitivas, que afectan la capacidad de la persona para adquirir y expresar razonamientos; e) neurológicas, que afectan a zonas cerebrales encargadas de actividades como la memoria, el habla, etcétera, y f) mentales, que resultan difícil de conceptualizar ya que no resulta suficiente centrarse en un solo aspecto de la persona, debido a que pueden afectar tanto a las actividades motoras como a las mentales. También puede considerarse de interés aquella que clasifica entre discapacidad física-motora, psíquica, sensorial, intelectual, visceral, y mental⁴.

Según los datos obtenidos por el Indec en el “Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad”⁵, cuyos resultados fueron publicados en el año 2018, el 25,3% de los hogares del país son habitados por al menos una persona con discapacidad. De ese total, se observa que el 81,7% de los hogares tienen una sola persona con dificultad y en dos de cada diez hogares viven dos o más personas con dificultad. Importa destacar que este porcentaje incluye tanto a

⁴ Esta clasificación define a la discapacidad física como aquella “desventaja, resultante de una imposibilidad que limita o impide el desempeño motor de la persona afectada”. Por su parte, las psíquicas se vinculan con “diversos trastornos mentales”, y es en esta categoría donde podemos encontrar la depresión, la esquizofrenia, el trastorno bipolar, los trastornos de pánico, etc. Sobre la discapacidad sensorial afirma que “corresponde a las personas con deficiencias visuales, auditivas y a quienes presentan problemas en la comunicación y el lenguaje”. En torno a las discapacidades intelectuales, aquí resulta más complejo establecer una definición precisa. Sin embargo, se tiene una idea generalizada sobre ellas, que las relaciona con las “limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y la conducta adaptativa” en relación con “habilidades prácticas, sociales y conceptuales”. Las discapacidades viscerales se refieren a “aquellas deficiencias en la función de órganos internos que provocan severas limitaciones en las personas para el desarrollo de las actividades de la vida cotidiana”. Finalmente, las discapacidades mentales presentan “trastornos en el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanentes”. Pueden verse en esta cuestión <http://www.bvs.sld.cu/revistas/rcgc/v5n2-3/rcgc180111.html>, 5-9-2017, y <http://www.bvs.sld.cu/revistas/rcgc/v5n2-2/rcgc030111.pdf>, 5-9-2017.

⁵ Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec), “Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad: resultados definitivos 2018”, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

las personas que cuentan con certificado de discapacidad como aquellas que no lo poseen, pero declaran tener al menos una dificultad o limitación permanente para ver, oír, moverse, entender o aprender.

Con relación al tipo de discapacidades más frecuentes, encontramos en primer lugar aquellas vinculadas a la vista, seguidas por las que implican problemas de motricidad, audición y, en último lugar, cognitivas.

Según los datos obtenidos por el Indec, la población con discapacidad de 6 años y más es del 10,2%. Es decir, aproximadamente diez de cada cien personas que viven en localidades de cinco mil habitantes y más poseen algún tipo de dificultad. La región de Cuyo es la que presenta mayor proporción de personas con dificultad (11,0%) y la región de la Patagonia es la que presenta la menor proporción (9,0%).

La prevalencia de personas con discapacidad es desigual según hablemos de varones o mujeres, aumentando según la edad. En promedio, la prevalencia es mayor para las mujeres que para los varones, en especial a partir de los ochenta años, donde alcanza una diferencia de diez puntos porcentuales entre ambos sexos. Una de cada dos mujeres de ochenta años y más posee alguna dificultad.

Asimismo, esta población se distribuye de manera diferencial según se trate de niños, jóvenes, adultos o adultos mayores. Entre los más jóvenes, la prevalencia de dificultad (5,0%) es inferior a la que se presenta a partir de los cuarenta años (12,1%) y más específicamente a partir de los sesenta y cinco años, cuando supera el 25%. Desde los sesenta y cinco años, la prevalencia continúa en aumento, hasta alcanzar el 46,6% a los ochenta años. Resulta esperable la diferencia que se registra entre las personas de sesenta y cinco a setenta y nueve años y el grupo de edad de ochenta años y más.

A su vez, el Estudio informa que, del total de la población con discapacidad, el 9,4% nunca ha recibido educación, mientras que el 6,7% de la población con discapacidad con edad entre 6 y 14 años no asiste a un establecimiento educativo. El 72,3% de la población que asiste actualmente a establecimientos de enseñanza lo hace sólo en la educación común, el 21,7% lo hace sólo en modalidad especial y el 6,1% en ambas modalidades. El 93,4% de la población que cursó en establecimientos de educación formal, pero no lo hace actualmente, lo hizo en la modalidad sólo común.

3. Evolución conceptual en las normas sobre discapacidad

El lenguaje contiene una carga (emotiva) lo suficientemente poderosa como para delimitar, en general, el lugar en la sociedad que cada integrante ocupa, y en particular, la respuesta jurídica que en el sistema han tenido las personas con discapacidad. La carga negativa que se encuentra implícita en la palabra “discapacidad” ha provocado que con corrección política se haya querido reemplazar por expresiones como “persona excepcional”, “persona con capacidades diferentes”, “persona con necesidades especiales”, etcétera.

Conviene referenciar en este punto la advertencia que nos realizaba Goldschmidt sobre la multivocidad de los vocablos⁶. Este carácter (que resulta inevitable) pone de manifiesto que las palabras designan no uno, sino varios objetos. Goldschmidt lo grafica claramente con el término “Derecho”, el cual resulta ambiguo por referirse de forma simultánea tanto al Derecho objetivo como al derecho subjetivo, o sea, “al Derecho como ordenamiento normativo y, a su vez, al derecho como facultad derivada de aquél”.

Esta multivocidad da lugar a otro fenómeno, que ha recibido como nombre el de “desviación”, el cual consiste en la utilización de las palabras de una forma engañosa, falsa o amañada, con fines ideológicos. El jurista alemán describe este proceso afirmando que tiene lugar cuando “un término, [que] se refiere a un movimiento que alcanza resonancia pública, [es utilizado por] personas ajenas a él y muchas veces adversarios, abusando de la multivocidad de las palabras [...] para otra doctrina, frecuentemente incompatible con la primera, a fin de desviar en favor de su propia tesis la celebridad ganada por el partido prístino”.

Con esto señalado, conviene ahora recordar a nivel normativo los instrumentos más significativos. La Ley 22.431 de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados (1981), en su artículo 2º, ha considerado discapacitada a “...toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

⁶ GOLDSCHMIDT, W., “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 1 y ss.

Ya en 1997, con la sanción de la ley 24.901 de personas con discapacidad, se entendió por “...persona con discapacidad [...] a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables a su integración familiar, social, educacional o laboral”.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006, (aprobada por la ley 26.378), en su Preámbulo, señala: “...e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás...” En su artículo 1º expresa: “...Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por su parte, hace referencia al “niño mental o físicamente impedido” en su artículo 23, sin entrar en ninguna conceptualización, más allá de la mención de sus derechos.

La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes hace mención a los niños, niñas y adolescentes con “capacidades especiales”. El artículo 15 señala el derecho a la educación y expresa: “...Las niñas, niños y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica. Los Organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna”.

Concretamente, con relación a la materia de educación, la Ley Federal de Educación 24.195 del año 1993 emplea dos denominaciones dentro de un mismo texto: a) “niños/as con necesidades especiales” y b) “alumnos con capacidades o talentos especiales”. En el artículo 27 dice: “Las autoridades educativas de las provincias y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires coordinarán con las de otras áreas

acciones de carácter preventivo y otras dirigidas a la detección de niños/as con necesidades especiales...” Por su parte, el artículo 33 continúa: “Las autoridades educativas oficiales: a) Organizarán o facilitarán la organización de programas a desarrollarse en los establecimientos comunes para la detección temprana, la ampliación de la formación y el seguimiento de los alumnos/as con capacidades o talentos especiales...”

Por su parte, en 2006 la Ley de Educación Nacional 26.206 consagra en su artículo 42 que “La Educación Especial es la modalidad del sistema educativo destinada a asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo. La Educación Especial se rige por el principio de inclusión educativa...”⁷

4. El marco tuitivo de las personas con discapacidad en relación con la educación

La tendencia legislativa en las últimas décadas, como hemos señalado, muestra un crecimiento de los contornos protectorios sobre la persona con discapacidad (plusmodelación de la respuesta jurídica), tanto a nivel local como internacional. La cuestión de la educación de las personas con discapacidad resulta central en este fenómeno, y es por esto que podemos encontrar numerosas referencias expresas a lo largo del ordenamiento normativo. Tal es el caso del artículo 8º, punto 1, inciso b; el artículo 16, el artículo 23, inciso b, y en particular el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos con Personas con Discapacidad, que cuenta con jerárquica constitucional por la ley 26.378.

La reforma constitucional de 1994 supuso un *shock* vigorizante de los derechos humanos, que ya no son pasibles de desconocer y que han supuesto para un enorme colectivo de vulnerables –entre los que se cuentan las personas con discapacidad– un avance sin precedentes en la construcción de respuestas jurídicas ajustadas a los parámetros del humanismo que debe imperar en todo régimen justo. Como es de suponerse, la jurisprudencia no se ha mantenido ajena, sino por el contrario.

⁷ Más información sobre la legislación vigente se puede consultar en la página web de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad (Conadis): <http://www.conadis.gob.ar/>, 26-8-2017.

La teoría trialista del mundo jurídico nos enseña que el funcionamiento de las normas se encuentra vinculado vitalmente al complejo proceso de contrastación en la realidad social, por el que los repartos proyectados en la lógica normativa se convierten en repartos realizados (eficacia). El trialismo contemporáneo profundiza aún más este camino, iniciado por su creador Goldschmidt. Hoy en día podemos diferenciar entre reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis⁸. Lo fundamental en cada una de estas etapas será designar al “repartidor”. Uno de los momentos donde esto resulta más claro es en la interpretación, donde la tarea esencial pasa por decodificar la voluntad de los creadores de la norma, es decir, descifrar la finalidad que éstos tuvieron en mente al momento de su elaboración. Tal como señala Ciuro Caldani, “el reconocimiento, la interpretación y la aplicación son tareas predominantemente bidimensionales normosociológicas, pero la argumentación, la síntesis, la determinación y la elaboración tienen, en distintos grados, proyecciones tridimensionales” en relación dikelógica.

Es por esto que celebrar el avance de la legislación no nos impide afirmar, sin temor a equivocarnos, que su eficacia⁹ en la estructura educativa argentina resulta, en el mejor de los casos, parcial o prácticamente nula.

Resulta importante señalar que, al criticar la estructura educativa argentina, no distinguimos entre instituciones públicas o privadas. Sin embargo, sí exigimos un mayor compromiso del Estado (tanto nacional como provincial) en la tarea de llevar adelante las acciones necesarias para que las normas referenciadas posean un correlato en la realidad. Según datos de enero 2017, publicados por el Ministerio de Educación de la Nación¹⁰, de la matrícula total de alumnos con discapacidad del nivel de enseñanza primaria (57.125), el 76% (43.284) asiste a instituciones públicas, y sólo el restante 24% (13.841) cursa estudios en

⁸ CIURO CALDANI, M. Á., “Metodología Jurídica”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, ps. 20 y ss.

⁹ Sobre la eficacia de las normas, *ídem*, p. 17.

¹⁰ Informe Estadístico del Sistema Educativo Nacional, edición enero de 2017, <http://portales.educacion.gov.ar/dineece/wp-content/blogs.dir/37/files/2017/04/2016-Informe-Nacional-final.pdf>, 5-9-2017.

el sector privado. Porcentuales parecidos se repiten a nivel de la educación secundaria: del total (45.135), el 77% (32.629) participa de instituciones públicas, contra el 23% (12.506) que lo hace en el sector privado.

Se ha dicho que, de la totalidad de establecimientos educativos (públicos y privados, primarios y secundarios), el 96% de ellos poseen en su matrícula alumnos con discapacidad. A su vez, el 57% de las veces las discapacidades han sido permanentes, pudiéndolas clasificar en orden decreciente entre cognitivas, motrices, auditivas, visuales y otras. En cuanto a la admisión de más de un alumno por curso, en el 43% de las veces la respuesta fue positiva. Además, se señala que el 69% de los estudiantes han permanecido todos (o la mayoría) en el establecimiento a través de su desenvolvimiento escolar, de los cuales casi la mitad (47%) no han repetido el año.

En el 68% de los casos, la cantidad de niños que asisten a entidades educativas va de uno a cinco. Sin perjuicio de que en el 77% de los supuestos los alumnos hayan sido admitidos, se reconocen supuestos, ya sea por razones que van desde la gran cantidad de alumnos hasta la complejidad de la discapacidad del solicitante, donde los aspirantes se han encontrado con el rechazo de las escuelas en el intento de formar parte de su matrícula¹¹.

No podemos ignorar que la situación se torna más dramática en provincias donde la educación cuenta con una infraestructura aún más precaria, pero la falta de datos nos impide realizar un análisis preciso de esas situaciones¹².

5. Educación inclusiva

La noción de educación inclusiva puede ser referenciada con diversos títulos, pero detrás de todos ellos subyace la idea que consagra

¹¹ BERTOLDI DE FOURCADE, M.^a V.; STEIN, P.; RAFFAELI, A. E. y FORNAGUEIRA, A. I., “El derecho al acceso a la educación de las personas con discapacidad en el contexto de las políticas de inclusión. Su efectividad”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1650/2015.

¹² La falta de datos en el desempeño escolar de los niños y adolescentes forma parte de los constantes reclamos de las organizaciones que defienden sus derechos (<http://www.lanacion.com.ar/1801659-educacion-y-discapacidad>, 5-9-2017).

el artículo 42 de la Ley 26.206 de Educación Nacional del año 2006, en relación con la modalidad de enseñanza destinada a asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles y modalidades del sistema educativo. Esta variedad especial brinda atención educativa en todas aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común. El mismo artículo realiza una referencia al inciso n, del artículo 11 de la misma ley, que reza: “Los fines y objetivos de la política educativa nacional son [...] Brindar a las personas con discapacidades, temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos”. Finalmente, la disposición afirma que “...La Educación Especial brinda atención educativa en todas aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común...”, dejando en claro que la educación especial debe usarse sólo en los casos donde la educación común haya probado ser ineficaz para alcanzar los contenidos mínimos necesarios para tener por satisfecha la currícula escolar.

El artículo 24¹³ de la Convención sobre los Derechos con Personas

¹³ “Artículo 24 – *Educación*.

”1° Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:

”a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;

”b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;

”c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

”2° Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:

”a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;

”b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y

con Discapacidad se encarga de consagrar el derecho a la educación respecto de personas con discapacidad. Atendiendo a principios que aseguran la eliminación de toda discriminación negativa y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Parte deben asegurar un sistema educativo inclusivo a todos los niveles.

El concepto de educación inclusiva requiere, cuando menos, la modificación y adaptabilidad de los contenidos, de manera que cualquier

secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;

”c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;

”d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

”e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

”3° Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas:

”a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares;

”b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;

”c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

”4° A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.

”5° Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad”.

estudiante con algún grado de discapacidad pueda participar de ellos. La Observación General N° 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresa esto claramente, afirmando que “el sistema educativo debe ofrecer una respuesta educativa personalizada, en lugar de esperar que los alumnos encajen en el sistema”¹⁴.

Normativamente esto se traduce en la noción de “ajustes razonables”, consagrados en el artículo 2° de la Convención, que viene a solidificar la respuesta jurídica tuitiva. De acuerdo a la norma, por ajustes razonables se entenderán “...las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...”

Podemos afirmar entonces que los ajustes razonables son aquella “conducta positiva de actuación del sujeto obligado por una norma jurídica consistente en realizar modificaciones y adaptaciones adecuadas del entorno, entendido en un sentido lato, a las necesidades específicas de las personas con discapacidad en todas las situaciones particulares en las que éstas puedan encontrarse a fin de permitir en esos casos el acceso o el ejercicio de sus derechos y su participación comunitaria en plenitud, siempre que dicho deber no suponga una carga indebida, interpretada con arreglo a los criterios legales, para la persona obligada”¹⁵. Estos ajustes razonables son el medio que alcanzar la flexibilidad que impone la Convención.

Esta noción de “ajustes razonables” constituye un ejemplo de la normativización del vasto y profundo complejo de valores que la educación abarca. Así lo señala Ciuro Caldani¹⁶, al decirnos que “en la

¹⁴ Observación General N° 4 sobre el Derecho a la Educación, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2Bt93Y3D%2Baa2r7WiHwAXZ%2FG9E0uHt5DxBGH2LdMykrEdF5KQmVzHudkkifedPF1%2Fk2Jj5UehW%2BHHcOU0xxQTsErEG1VIB15EZn>, 26-8-2017.

¹⁵ PÉREZ BUENO, L. C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, <http://www.coag.es/informacion/novedades/archivos/la-configuracion-juridica-de-los-ajustes-razonables.pdf>, 26-8-2017, p. 8.

¹⁶ CIURO CALDANI, “Notas...” cit., p. 199.

educación intervienen especialmente diversos valores, como la verdad, la belleza, el amor, la utilidad, la justicia, la salud, etcétera”. Es que el acto educativo en definitiva resulta un acto de amor¹⁷. Y en sentido humanista, entendemos que toda persona resulta valiosa en sí misma, “con prescindencia de todos los valores o ‘disvalores’ que llegue a realizar”, por lo que “educar puede entenderse como humanización de la vida”.

6. Educación secundaria y discapacidad: el fallo “Rodríguez, César Alan c/GCBA y otros s/Amparo”¹⁸

La cuestión judicial versó sobre César, un joven con síndrome de Down, quien promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la Escuela Jesús María de San Vicente de Paul con el objeto de que se le “entregue el certificado oficial de finalización de estudios secundarios y la demás documentación oficial escolar que corresponda, en igualdad de condiciones que a sus demás compañeros”. A tales efectos, también requirió que se le ordene al Ministerio de Educación local que “se abstenga de obstaculizar la entrega de su título, y que supervise y controle la efectiva emisión del certificado oficial de finalización de estudios secundarios por parte de la Escuela”; además de demandar la “declaración de inconstitucionalidad de la Disposición 219/DGEGP/12, en tanto le impone el cumplimiento de los contenidos mínimos del programa general de estudios como condición para la certificación final de sus estudios secundarios y correspondiente emisión del título oficial que acredite su terminalidad”.

A la hora de resolver la cuestión de fondo, la jueza estableció que

¹⁷ Sobre la cuestión se puede ver ROTMAN, S. y VEGA, P., “El amor en el acto educativo”, https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiO1o7vy_bVAhWBQ5AKHfNUCMMQFghOMAK&url=http%3A%2F%2Fpublicaciones.unpa.edu.ar%2Findex.php%2F1%2Farticle%2Fdownload%2F234%2F236&usg=AFQjCNHoY5TzKtA898zKXfmrj8aDkFcUyg, 27-8-2017.

¹⁸ Fallo completo: “Rodríguez, César Alan c/GCBA y otros s/Amparo”, <http://www.ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2016/10/SENTENCIA-DERECHO-A-LA-EDUCACION-INCLUSIVA.pdf>, 23-8-2017.

“la demanda establece dos aristas de controversia: por un lado, una cuestión normativa, de impugnación constitucional; y por el otro, una fáctica”. La primera, “requiere establecer si las disposiciones dictadas por el Gobierno de la Ciudad [...] superan el test de constitucionalidad y (dada la materia involucrada) el de convencionalidad,” es decir, “si el diseño y reglamentación del régimen de *Proyectos Pedagógicos Individuales* (PPI) en cuanto a las condiciones impuestas para la emisión del título de los estudiantes que cursan bajo tal modalidad (como lo es el caso del actor) resultan ajustados a las normas de jerarquía superior”.

A continuación, incorporó al caso una serie de normas constitucionales y supraconstitucionales que procuran el acceso a la educación en condiciones igualitarias¹⁹, haciendo especial hincapié en el ar-

¹⁹ Artículo 14 de la Constitución Nacional argentina: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

Artículo 23 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “La Ciudad reconoce y garantiza un sistema educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y la solidaridad, tendiente a un desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática.

”Asegura la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo. Respeta el derecho individual de los educandos, de los padres o tutores, a la elección de la orientación educativa según sus convicciones y preferencias.

”Promueve el más alto nivel de calidad de la enseñanza y asegura políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio de aquellos derechos.

”Establece los lineamientos curriculares para cada uno de los niveles educativos.

”La educación tiene un carácter esencialmente nacional con especial referencia a la Ciudad, favoreciendo la integración con otras culturas”.

Artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

”Asimismo tiene el derecho de que, mediante esta educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

”El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos

título 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aquí se arribó a una interesante conclusión, ya que el

los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

"Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos".

Artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "1° Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

"2° La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

"3° Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "1° Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

"2° Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

"a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

"b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

"c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

"d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

"e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los

actor en ningún momento presentó una constancia oficial que acredite dicha situación. Sin embargo, la jueza afirmó que “ello no constituye óbice para considerarlo alcanzado por tal normativa, en tanto: 1) Dicha circunstancia ha sido invocada y no se encuentra controvertida; 2) se encuentra admitido expresamente por las partes que ha cursado bajo la modalidad del PPI, lo que supone haber considerado su condición

ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

”3° Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

”4° Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1° y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”.

Artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1° Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

”a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

”b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

”c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

”d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

”e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

”2° Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

”3° Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

de persona con discapacidad pues la modalidad está implementada para tales casos, y 3) conforme a la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de la CABA, contar con el certificado de discapacidad no es requisito necesario para acreditar la existencia de tal condición, ni la posibilidad de ser alcanzado por la normativa que se aplica con relación a ella”.

Sobre el régimen de “Proyectos Pedagógicos Individuales”, se observó una diferenciación entre evaluación del aprendizaje, promoción y acreditación:

- 1) La del *aprendizaje*: la del niño o niña en función de su proceso individual y curricula adaptada (“el proyecto educativo elaborado para cada alumno según sus necesidades especiales”);
- 2) la de la *promoción*: la posibilidad de pasar de año escolar (“las circunstancias en las que la integración al grupo pueda favorecer el desempeño del alumno, aunque no logre todos los objetivos de aprendizaje previstos para alumnos convencionales”), y
- 3) la de la *acreditación*: “el logro de los objetivos de aprendizaje establecidos para el grado, ciclo o nivel, con las excepciones de áreas y dimensiones que resulten de la adecuación curricular. El grado o año aprobado puede coincidir o no con el grado al que se promueve”.

La Disposición 25/DGEGP/2011 establecía que “cuando el alumno no alcance los contenidos mínimos de las asignaturas correspondientes al año en que está matriculado, en toda la documentación se consignará, por asignatura, el año correspondiente al nivel de aprendizajes alcanzados. En razón de ello, puede suceder que aun cuando el alumno complete los cinco años de cursada, no se le otorgue el título correspondiente”. Continúa diciendo: “En el caso en que la normativa vigente referida al régimen de evaluación, promoción y acreditación no permita acreditar el aprendizaje de los contenidos mínimos previstos para cada grado, año o nivel en los que se encuentran matriculados alumnos con discapacidad [...] la institución educativa [...] podrá determinar la continuidad del alumno con su grupo de pertenencia, su PPI y los ajustes que sean necesarios a los fines de facilitar la adquisición de competencias socio educativas y aprendizajes significativos. Dicho PPI lo habilitará para continuar con su grupo de pares en el siguiente gra-

do, año o nivel y no acreditarán por sí la terminalidad del nivel correspondiente...” La citada normativa también regula que, en el nivel secundario, “si los desempeños alcanzados en los PPI son inferiores a los contenidos y a las competencias requeridas por la Resolución 6942/MEGC/09 o cualquier otra norma que la reemplace en el futuro se entregará un certificado de aprobación de materia y no de terminalidad de nivel”.

Del análisis de la Disposición es posible entonces entender que se exigiría a algunos alumnos con discapacidad que cursaron con un PPI adaptado a sus necesidades (como el actor) que alcancen ciertos contenidos mínimos de la currícula general del año en que están matriculados, que no necesariamente le fueron brindados o exigidos en su trayectoria educativa²⁰.

Es en el estudio de lo mencionado en el párrafo anterior, en relación con las normas convencionales, que la jueza sostuvo que “en igualdad de condiciones con los demás” no es equivalente a idénticas condiciones de evaluación en el sentido de los mismos contenidos para unos y otros, sino que lo que las “condiciones de igualdad” requieren es que se evalúe a los alumnos con y sin discapacidad conforme a los mismos parámetros de relevancia en la selección de los aspectos por los que son evaluados. Y en tal sentido, dependiendo de cuáles fueran los *ajustes realizados*, tomar en consideración los contenidos diseñados para los alumnos sin discapacidad a fin de certificar que la escolaridad de los alumnos con discapacidad podría quebrar tal equidad. Aquí se nota la operatividad directa de las disposiciones convencionales en nuestro sistema interno, en relación con los ajustes razonables y la necesidad de su puesta en marcha sin que esto implique prácticas discriminatorias ni marginales, a las cuales nos referimos en el punto anterior.

Finalmente, se afirmó que “es claro que la falta de emisión del título acarrea para el actor perjuicios concretos. Lo margina de condiciones igualitarias de acceso al empleo en aquellos casos en los que se lo exige como condición de admisibilidad, podría privarlo de los

²⁰ YANKIELEWICZ, D. L., “Derecho a la educación inclusiva. Importancia de la implementación de ajustes razonables en toda la trayectoria educativa de las personas con discapacidad”, en *La Ley Online*, AR/DOC/327/2017, p. 5.

adicionales salariales que en ocasiones se contemplan, le impide el acceso a los niveles de educación superior que podría realizar plenamente o con *ajustes razonables* y de cualquier desarrollo para el cual contar con tal certificado de estudios resulte requerido”.

Ante este desarrollo, la jueza falló haciendo lugar al reclamo del peticionante contra la escuela, declarando en este caso la inconstitucionalidad de las disposiciones que le imponían “el cumplimiento de los contenidos mínimos del programa general de estudios como condición para la certificación final de sus estudios secundarios”, y por consiguiente la elaboración del título acreditante por parte del colegio, con la correspondiente legalización por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

7. Educación universitaria y discapacidad: el fallo “Naranjo, Emiliano P. c/Universidad Nacional de La Matanza”

El caso en cuestión inició con Emiliano Naranjo, un joven con discapacidad motriz, quien alega el rechazo sistemático sufrido ante su intento de inscribirse en la carrera de Profesorado Universitario en Educación Física de la Universidad Nacional de La Matanza. Ante esto, denuncia esta conducta entendiéndola violatoria de su derecho a la educación, al trato igualitario y a la no discriminación.

El plan de estudio de la carrera prevé que los aspirantes a cursar deban rendir, a modo de examen preliminar, pruebas de rendimiento físico. Emiliano no sólo demandó que se lo exima de realizar esa actividad, debido a la cuadriparesia espástica de carácter permanente que se lo impide, sino que, además, solicitó que el eximente abarcara también todas aquellas actividades a desarrollar dentro del profesorado que por su condición no le resulte posible llevar adelante. Para esto, afirmó que deberán producirse “*ajustes razonables* pertinentes respecto de las materias adicionales que se exigen en relación con la Licenciatura para poder ser evaluado de acuerdo con sus posibilidades, en cumplimiento de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

Tanto la jueza de primera instancia como la Cámara Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo de San Martín dictaron sentencia obligando a la Universidad a realizar la inscripción de Emi-

liano, encuadrando la solución en el mismo sentido que el fallo anterior: la rigidez de las modalidades de enseñanza no puede llevar a tratos discriminatorios sobre personas con discapacidades, lo que requiere la realización de ajustes razonables para poder flexibilizar los planes de estudio.

Lo que merece consideración en este caso es el grado de limitación a la autonomía universitaria. En su defensa, la Universidad sostiene que “de la propia resolución N° 324/2000 [...] surge que el Ministerio de Educación [...] reconoce que es facultad y responsabilidad exclusiva de las instituciones universitarias la creación de carreras de grado y la formulación y desarrollo de sus planes de estudios, así como la definición de los conocimientos y capacidades que tales títulos certifican y las actividades para las que tienen competencia sus poseedores con las únicas excepciones de los supuestos [...] los títulos incluidos en la nómina que prevé el artículo 43 de la ley aludida, situaciones en las que se requiere un control específico del Estado”. Por lo tanto, continúa diciendo “que por no estar en el presente, los títulos de que se trata, comprendidos en ninguna de esas excepciones, la solicitud de la Universidad debe ser considerada como el ejercicio de sus facultades exclusivas y por tanto la intervención de este Ministerio debe limitarse únicamente al control de legalidad del procedimiento seguido por la Institución para su aprobación”.

Los interrogantes que surgen en este punto no encuentran respuestas unánimes, y tampoco es la tarea de esta exposición tomar partido por alguna de ellas, por más rotundas que parezcan algunas afirmaciones.

Nos atrevemos a afirmar, sin embargo, que la potestad de las universidades para establecer condiciones y exigencias obligatorias de carácter académico nunca debe interpretarse de forma absoluta y libre de límites razonables.

También aparece aquí la pregunta sobre cuáles son las habilitaciones necesarias para ejercer una profesión, en este caso, si resulta esencial para ser Profesor de Educación Física la aptitud para afrontar ciertas exigencias de habilidad²¹. La naturaleza de la profesión en exposición tampoco facilita una respuesta clara.

²¹ SEDA, J. A., “Derecho a la educación superior de las personas con discapacidad y autonomía universitaria”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1463/2014, p. 3.

La Cámara resolvió la cuestión haciendo referencia al artículo 27 de la ley 24.521 (Ley Nacional de Educación Superior), el cual faculta a las instituciones universitarias a "...la generación y comunicación de conocimientos del más alto nivel en un clima de libertad, justicia y solidaridad..." Apoyó su decisión en jurisprudencia previa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²², sin dejar de señalar en la opinión de la doctrina constitucionalista que la autonomía universitaria bajo ningún aspecto podría transformarse en una herramienta que convierta a estas instituciones en un poder soberano del Estado. Esto implicaría una desviación de su finalidad, que no es otra que evitar la injerencia del Poder Ejecutivo, atendiendo a los antecedentes que ha vivido nuestro país.

El debate está planteado.

8. Ideas finales. Desafíos futuros

Parece claro que, pese a los reconocibles avances, todavía existe una distancia considerable entre las exigencias de máxima que surgen de las convenciones internacionales y la realidad de las personas con discapacidad²³. El ámbito de la educación es uno de los campos donde las diferencias se aprecian de forma evidente.

La necesidad de cuantificar, conocer y establecer las necesidades de la población con discapacidad en el territorio nacional y sus diferencias regionales constituye una obligación sostenida e intensificada históricamente en Argentina, ya que ello permite estimar las demandas de recursos que se requieren para su asistencia y contar con información imprescindible para formular políticas públicas, no sólo en el campo de la salud, sino también en el de la educación, el empleo y la planificación urbana, que favorezcan a una mayor integración.

²² Fallo "Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c/Universidad Nacional de Luján s/Aplicación ley 24.521", <http://www.planetaius.com.ar/fallos/jurisprudencia-e/caso-Estado-Nacional-Ministerio-de-Cultura-y-Educacion-c-Universidad-Nacional-de-Lujan-s-aplicacion-ley-24.521.htm>, 25-8-2017.

²³ Al respecto puede verse ROSITTO, S. A., "La educación superior de las personas con discapacidad ¿es un derecho en Argentina?", en *Revista Argentina de Psicopedagogía*, núm. 2010, Fundación Suzuki, Universidad de La Rioja (España), La Rioja-España, abril de 2010, sección: Trabajos de cátedra 2010.

Desde ya, se reconocen esfuerzos tendientes a recortar la distancia que existe entre la norma y la realidad fáctica²⁴. Pero implícito en este breve trabajo se encuentra el reclamo por la profundización de políticas serias, estables y consensuadas en materia educacional en relación con las personas con discapacidad, por parte de aquellos con un mayor grado de responsabilidad, tanto de dirigentes universitarios como de funcionarios nacionales.

Bibliografía

- ALTERINI, Atilio A., “La universidad pública en un proyecto de Nación, Buenos Aires”, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- BERNAL, Marcelo, “Educación superior, comercio de servicios y sociedad del conocimiento. Debates y perspectivas”, Tucumán, Edunt, 2007.
- BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia; STEIN, Patricia; RAFFAELI, Adriana Ester y FORNAGUEIRA, Andrea Isabel, “El derecho al acceso a la educación de las personas con discapacidad en el contexto de las políticas de inclusión. Su efectividad”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1650/2015.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El pensamiento complejo del integrativismo y la teoría de las respuestas jurídicas en la educación en Derecho Internacional”, en *Revista Docencia e Investigación* (núm. 47), 2013.
- “Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- “Notas para una teoría tridimensional de la educación”, en *Revista de Filosofía Jurídica y Social* (núm. 36), Rosario, 2015.
- DEL POZO ANDRÉS, María del Mar; ÁLVAREZ CASTILLO, José Luis; LUENGO NAVAS, Julián y OTERO URTZA, Eugenio, “Teorías e instituciones contemporáneas de educación”, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004; <http://www.ugr.es/~fjirios/pce/media/1-EducacionHecho.pdf>, 5-9-2017.
- GELLI, María Angélica, “Educación y cultura, espejos de la política argentina”, en *La Ley Online*, AR/DOC/4439/2015.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.

²⁴ En este sentido, se puede ver <https://www.rosario3.com/noticias/La-UNR-participa-de-un-proyecto-internacional-para-integrar-a-personas-con-discapacidad-20170814-0029.html>, 26-8-2017, o https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_discapacidad_texto_04-2018.pdf, 20-7-2018.

- Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec), “Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad: resultados definitivos 2018”, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- OTERO, Juan M., “Autonomía universitaria y condiciones de ingreso libre e irrestricto a las carreras de grado en las universidades nacionales”, en La Ley Online, AR/DOC/2415/2016.
- PÉREZ BUENO, Luis C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, <http://www.coag.es/informacion/novedades/archivos/la-configuracion-juridica-de-los-ajustes-razonables.pdf>, 26-8-2017.
- PÉREZ LINDO, Augusto, “Universidad, política y sociedad”, Buenos Aires, Eudeba, 1985.
- ROSITTO, Sebastián Ariel, “La educación superior de las personas con discapacidad ¿es un derecho en Argentina?”, en Revista Argentina de Psicopedagogía (núm. 2010), La Rioja-España, Fundación Suzuki, Universidad de La Rioja (España), abril de 2010, sección: Trabajos de cátedra 2010.
- ROTMAN, Silvio y VEGA, Patricia, “El amor en el acto educativo”, https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiO1o7vy_bVAhWBQ5AKHfNUCMMQFghOMAk&url=http%3A%2F%2Fpublicaciones.unpa.edu.ar%2Findex.php%2F1%2Farticle%2Fdownload%2F234%2F236&usg=AFQjCNHoY5TzKtA898zKXfmrj8aDkFcUyg, 27-8-2017.
- SEDA, Juan Antonio, “Derecho a la educación superior de las personas con discapacidad y autonomía universitaria”, en La Ley Online, AR/DOC/1463/2014.
- YANKIELEWICZ, Daniela L., “Derecho a la educación inclusiva. Importancia de la implementación de ajustes razonables en toda la trayectoria educativa de las personas con discapacidad”, en La Ley Online, AR/DOC/327/2017.

NORMAS EDITORIALES

RESOLUCIÓN CD 410/2016

Rosario, 13 de junio de 2016

Visto el Expediente N° 2413/16 presentado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho mediante el cual se elevan las normas editoriales para aplicar a la Revista de la Facultad de Derecho.

Considerando que resulta necesario establecer normas editoriales para adecuar la Revista a los estándares de calidad exigidos para las publicaciones científicas y académicas.

Que el Consejo Directivo se constituye en Comisión tratando el tema y aprobándolo en su sesión del día de la fecha.

Por ello,

El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho Resuelve:

Artículo 1° – Aprobar las normas editoriales que como Anexo Único forma parte de la presente Resolución.

Art. 2° – Establecer como función de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad la organización de todo lo referente a la “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, la que aparecerá con periodicidad anual.

Art. 3° – El Consejo Asesor de Investigaciones conjuntamente con la Secretaría de Ciencia y Técnica actuará como Consejo Editorial.

Art. 4° – Inscribase, comuníquese y archívese.

Anexo Único

NORMAS EDITORIALES

La Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario publica artículos de los docentes, docentes investigadores y becarios de nuestra casa de estudios. Se prevé la participación de los estudiantes en convocatorias a tal efecto.

Los trabajos deberán originales, no haber sido publicados previamente y no estar simultáneamente propuestos para tal fin en otra publicación.

Temas: Trabajos inéditos del ámbito del Derecho en todas sus ramas y desde todas las perspectivas.

Estructura del texto (todos los artículos presentados deben incluir)

- Título en español.
- Abstract en castellano e inglés (200 a 250 palabras).
- Tres (3) palabras claves en castellano e inglés.
- Datos del autor(es).
- Texto (incluyendo tablas, figuras o gráficos).
- Citas.
- Bibliografía.

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo Microsoft Word. Deben enviarse dos copias digitales del artículo:

- Una copia con los datos completos del autor.
 - Una copia con carácter anónimo y solamente el título del trabajo.
- En ningún caso deberá aparecer en las páginas información que permita identificar a los autores.

Formato de los trabajos

- Idioma: Español.
- Hoja A4.
- Fuente: Times New Roman 12 (en texto) y Times New Roman 10 (en citas).
- Extensión máxima: 15 páginas en hojas A4.
- Interlineado: 1,5 líneas.

Citas

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página, en letra Times New Roman 10, de la manera y en el orden que a continuación se indica:

- Citas textuales entre comillas, sin cursiva e insertadas en el cuerpo del párrafo correspondiente (sin espaciado previo ni posterior).

Para citar un libro:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del libro entre comillas.
3. Editorial.
4. Lugar de la edición.
5. Año de publicación.
6. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para citar un artículo contenido en una revista:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del artículo, entre comillas.
3. Nombre de la revista –tras la preposición en–, en cursiva (agregando, si es necesario para su identificación, el nombre de la institución editora).
4. Volumen (vol.) y/o el número (núm.).
5. Año de publicación.
6. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para citar un trabajo contenido en una obra colectiva:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del trabajo, entre comillas.
3. Apellido y la inicial del nombre del (o de los) editor(es) o coordinador(es), indicando esa calidad entre paréntesis –tras la preposición en–.
4. Título del libro, en cursiva.

5. Editorial.
6. Lugar de la edición.
7. Año de publicación.
8. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para referenciar una página web:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del trabajo, entre comillas.
3. Título de la página.
4. Dirección de donde se extrajo el documento (URL).
5. Fecha de consulta de la página.

Reiteración de citas:

1. Si se trata de reiteración de un trabajo citado en la nota inmediata anterior, se colocará “íd.”, seguido del/de los números de página/s.
2. Si se trata de la reiteración de un trabajo citado en una nota que no sea la inmediata anterior, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), seguido de “op. cit.” y del/de los número/s de página/s.
3. Si se trata de la reiteración del trabajo de un autor del cual ya se han citado dos o más trabajos, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), luego la primera palabra del título (entre comillas y seguida de puntos suspensivos) seguida de “cit.” y del/de los número/s de página/s. Si la primera palabra del título coincide con la de otro trabajo citado, se agregarán las necesarias para diferenciarlos.

Bibliografía

La bibliografía incluye todas las fuentes y referencias citadas o utilizadas en el texto, que sirven para profundizar en el tema y se incluirá al final del trabajo, ordenándola alfabéticamente por autor/a. Los datos que deben incluirse son:

Libro: apellido del autor con mayúscula, seguido del nombre en minúsculas, título del libro, lugar de edición, editorial, año de la edición.

Revista: apellido del autor con mayúscula, seguido del nombre en minúsculas, título del trabajo, nombre de la revista subrayado, número del volumen, número de la revista entre paréntesis, año de publicación.

Referato

El Consejo Asesor de Investigaciones y la Secretaría de Ciencia y Técnica determinarán la admisibilidad de los trabajos de acuerdo con los criterios formales y de contenido, teniendo en cuenta que la recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de la revista para su publicación.

El Comité de Referato actuará como árbitro de los trabajos presentados (Resolución CD N° 535/2012). Se aclara que el Consejo Asesor de Investigaciones y la Secretaría de Ciencia y Técnica podrán proponer al Consejo Directivo el ampliado de los evaluadores integrantes del Comité de Referato en función de la temática a abordar en la Revista.

Criterios de evaluación

La evaluación deberá tener en cuenta los siguientes criterios: planteo del tema (interés y originalidad), objetivos, metodología, claridad expositiva, conclusiones y bibliografía. Cada criterio se evaluará en insuficiente, regular, bueno o muy bueno, debiendo indicar si se recomienda su publicación o no, o se sugieren modificaciones, en cuyo caso se deben explicitar cuáles serán las mismas.

Cada evaluador recibirá la planilla para la evaluación de los trabajos que integra la presente en Anexo 1.

**PLANILLA PARA LA EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS PARA
PUBLICAR EN LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO**

Título del trabajo:

	INSUFICIENTE	REGULAR	BUENO	MUY BUENO
Planteo del Tema (interés y originalidad)				
Objetivos				
Metodología				
Claridad expositiva				
Conclusiones				
Bibliografía consultada				

- a) ☐ Se recomienda su publicación.
- b) ☐ Se sugieren modificaciones.
- c) ☐ No se recomienda su publicación.

Si opta por la *opción b* debe explicitar, a continuación, las modificaciones que sugiere se efectúen:

Lugar y Fecha

Firma y Aclaración

AMADA GAITÁN
Secretaria Administrativa
Facultad de Derecho – UNR

Dr. MARCELO VEDROVNIK
Decano
Facultad de Derecho – UNR

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 4 DE DICIEMBRE DE 2018 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

