

Directoras:

Dra. Dora Ayala - Dra. Mónica Anís

Compiladores:

Dr. Mario Villegas - Dr. Nahuel Pellerano

PENSAMIENTO **CONTEMPORÁNEO** **Y DERECHO**

*Temas de estudio y debates jurídicos desde la mirada
de tesistas del nordeste argentino*



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DEL NORDESTE

Pensamiento contemporáneo y derecho

Temas de estudio y debates jurídicos
desde la mirada de tesistas del
noroeste argentino

Pensamiento contemporáneo y derecho : temas de estudio y debates jurídicos desde la mirada de tesis del nordeste argentino / Laura Inés Amarilla García ... [et al.] ; Compilación de Mario R. Villegas ; Nahuel Pellerano. - 1a ed. - Corrientes : Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2024.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-631-6623-08-9

1. Derecho. I. Amarilla García, Laura Inés II. Villegas, Mario R., comp. III. Pellerano, Nahuel, comp.
CDD 340.56

Índice

9. Prólogo a la segunda edición de la colección

12. Presentación

Por Mario R. Villegas

23. La importancia de abordar la problemática laboral del personal embarcado argentino en concordancia con el campo laboral y con especial énfasis en la perspectiva de su especialidad.

Amarilla García Laura Inés

42. El Derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia propia.

Aquino Carolina Raquel

52. Lo que Góngora se llevo.

Argarate Ruzich Estefanía D.

68. El derecho como ciencia multipragmática.

Aportes a la construcción de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy.

Bruquetas Correa Emilia Daniela y Ficca Lara

87. Transporte público. Una mirada federal sobre las asimetrías entre nación y provincias.

Calvano Hugo

102. Infanticidio – una figura típica ausente de nuestra normativa penal. La necesidad de su reincorporación-.

Erguy Clarivel

120. Nuevas formas de adquisición del derecho real de dominio para el acceso a una vivienda adecuada.

Gapel Redcozub Guillermo

138. Criterios y formas de cuantificar las tareas de cuidado en las compensaciones económicas por disolución de la unión convivencial.

González Delgado Laura Judith y Villalta Anahí Elizabeth

149. Violencia Vicaria: explorando la estrecha relación con la violencia de género.

Infante Nora Alicia

194. La propiedad privada y su protección jurídica en el ámbito de la República Argentina. La recuperación de bienes inmuebles en conflicto con la vivienda digna.

Jaimez Claudia Viviana

208. Constitucionalización del derecho concursal y responsabilidad del estado. El trato diferencial al acreedor vulnerable en los concursos y quiebras.

Levrino Fernández Natalia Beatriz

218. Implementación de la remisión en el proceso penal juvenil.

Lubary Juan Pablo

234. Indeterminación intencional (y no intencional)
en la interpretación jurídica.

Lujan José Enrique

243. El concepto de derecho y las teorías jurídicas:
una reflexión epistemológica sobre los paradigmas y
los marcos teóricos de la investigación jurídica.

*Maciel Almirón Selene Luz, Ojeda María
Juliana y Passennheim Juana Aylen*

257. La Universidad Pública como herramienta
necesaria para el acceso a la justicia.

Malvarez Laura Victoria

268. Análisis epistemológico de la Sentencia
N° 223/22, "B., N.N.S/ RECURSO DE
REVISIÓN" de la Sala Penal del Superior Tribunal
de Justicia del Chaco.

Mañak Tatiana Nuria

287. Sesgos algorítmicos y derechos humanos
de las mujeres.

Mauriño Fermina

297. Igualdad ante la ley vs régimen progresivo
de la ejecución penal frente a los fines
de la pena estatal.

Micheloud Naiara

315. La teoría crítica jurídica como respuesta
disruptiva al positivismo y su recepción en Argentina.

Palma Amalia Susana y Rosas Villarrubia Ingrid

330. Despido Discriminatorio: Su Tipificación y Cuantificación en Argentina, desde una Perspectiva del Principio de Igualdad y la Economía del Derecho.

Panozzo Octavio Roberto

343. Reflexiones entorno a la responsabilidad del Estado derivada de la función judicial.

Parra Camila

354. Poder de Policía y Justicia. Evolución de las Facultades Sanitarias de los Jueces de Paz de Corrientes (1853-1880).

Payes Matías Francisco

365. La recepción de la gobernanza ambiental en las construcciones jurídicas de las normas urbanísticas de excepción en la Municipalidad de la ciudad de Corrientes.

Pozzer Gerardo Adrián

383. La libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la disponibilidad del bien jurídico como garante del derecho a la elección del propio plan de vida.

Quinteros Pampliega Gonzalo

396. Acerca de los criterios para la determinación de una justa composición de los derechos e intereses de las partes, en los acuerdos conciliatorios laborales de carácter administrativo.

Repetto Francisco Nicolás

417. Nociónes introductorias a los fenómenos de larga duración en argentina y en el derecho comparado.

San Lorenzo Facundo José

428. La ponderación como solución de conflicto de derechos fundamentales entre un ambiente sano y el acceso a la vivienda digna.

Trioni Andrea Guadalupe

446. Responsabilidad del equipo interdisciplinario del Hospital de Salud Mental San Francisco de Asís de Corrientes y del Estado provincial por daños derivados de la conducta de una persona con discapacidad mental en supuestos de evaluación de riesgo para sí y para terceros.

Vallejos Schulze Elena

465. Responsabilidad parental por daños a los hijos en la procreación asistida: el caso de los bebés salvadores.

Vigay María Cristina

480. Arbitrariedad judicial por omisión impropia
“Examen crítico de la jurisprudencia en materia cautelar amparística contra actos de la administración pública en la Provincia del Chaco. Años 2013/2023”

Zabra Leandro Nabil

~

Prólogo a la segunda edición de la colección

Hace un año presentamos a consideración de la comunidad académica y científica, nuestra primera edición de la Colección Doctorado en Derecho: *Pensamiento Contemporáneo y Derecho. Esbozos de un Marco Teórico*; que ahora regresa en su segunda edición, con el subtítulo *Temas de estudio y debates jurídicos desde la mirada de los teóricos del nordeste argentino*.

9 /

Como la edición anterior, no es un libro de textos sino un libro con textos; que lejos de constituir una unión inconexa, están enlazados por el hilo sutil de una posición plural, dialógica y regionalmente situada que, como el hilo de Ariadna, se teje con el valor de la diversidad y la comunión temporal de la hora.

Son muchos los motivos de satisfacción por concretar esta obra que hoy nos honra con la responsabilidad de su prólogo, aunque vamos a señalar dos principales. En primer lugar, el contexto institucional de la Facultad de Derecho, activo, propicio y alentador de la aventura epistémica y metodológica con la calidad de un Doctorado que mantiene su vigencia continua desde 2011. Y también, la entrañable vinculación de escuela - en el sentido más amplio y menos excluyente de su expresión - que compartimos con el cuerpo académico y docente de la Carrera; motor imprescindible de este trayecto sostenido y de sus resultados.

Desde nuestro parecer, un Doctorado en Derecho - máximo grado académico de educación superior - por definición presume el debate en contrastes dialécticos de distintas perspectivas en integración pura, con el objetivo de abordar los problemas actuales de la Ciencia Jurídica, sin reducirlos al agnosticismo cultural del presentismo instrumental y urgente.

El presente y el porvenir del Derecho son los que dan vida a esos contrastes, al indagar los itinerarios del saber que, siempre integrado en complejidad con otros, se propone mantener su identidad jurídica singular en un espacio de relaciones a menudo muy tensas, entre las preguntas y las respuestas, con prioridad de las primeras sobre las segundas, en un trayecto reconducido sin término.

Como parte de su camino vital y con el advenimiento del siglo XXI, globalizado y posmoderno, el universo y sus objetos adquieren nuevos y renovados significados, con también nuevas y renovadas dimensiones, complejas y dilemáticas. En ese marco, el Derecho también requiere resignificarse, revisando y validando paradigmas que le permitan dar cuenta de la realidad circundante y de sí mismo, como objeto cultural y de reglas; cualquiera sea el modo en que cada escuela o posición considere la juridicidad. Definir su sustancia es la tarea constante de la episteme jurídica y el objetivo central de un trayecto doctoral.

Esta obra desde sus textos también da cuenta de las disruptiones actuales que afronta el saber jurídico: el replanteo de la subjetividad, la tensión del modelo de racionalidad individual/social, la disolución del componente universalista, la impronta de la sociedad tecnológica, la modificación relativa del espacio-tiempo, la aceleración de las transformaciones familiares, la crisis de institucionalidad, el cambio

de la operatividad estatal, la ruptura en la adjudicación de la responsabilidad por daños, son algunas de ellas.

Metodológicamente y desde su praxis, cada texto seleccionado es introducido por el señor Decano y Profesor del Doctorado Dr. Mario Villegas, con un análisis enfocado en las claves que den respuestas contextualizadas a los problemas jurídicos de nuestra región que es nido, territorio y sustancia de la Universidad Nacional del Nordeste y por tanto, receptora expectante de su accionar científico.

Los primeros destinatarios de la obra, aunque no los únicos, son los doctorandos/as y doctores/as en Derecho, quienes aportan al proceso creativo de esta Colección como interlocutores activos en cada uno de los cursos y seminarios compartidos, proveen el primer material, enriquecen su divulgación, expanden los caminos y atraen más caminantes en busca de más y mejor derecho.

En nuestro propio nombre y en el de la Carrera, un agradecimiento infinito a los autores/as, a sus directores/as de Tesis y a sus inspiradores/as.

II /

Y a la obra: ¡¡feliz nacimiento y que sean muchos más!!

En Corrientes, durante la primavera de 2024.

PhD. Dora Ayala Rojas - Dra. Mónica Anis
Directoras de la Carrera de
Doctorado en Derecho

Presentación

Por Mario R. Villegas

\ 12

Tengo la grata tarea de presentar la tercera publicación del Doctorado en Derecho de nuestra Facultad, obra que surge, por un lado, para mostrar las primeras reflexiones de futuros expertos y expertas en ciencia jurídica y, por el otro, como una oportunidad para explorar los temas de relevancia crucial para el desarrollo del sistema jurídico, desde el análisis de nuevas teorías hasta la crítica de las prácticas existentes. Con este propósito, pretendemos dar a conocer las inquietudes de profesionales del derecho y también fortalece el tejido académico e institucional de la región y del país que exige un sustento sólido para las reformas legales y mejoras necesarias en la Justicia.

Resulta necesario destacar que, con esta edición, seguimos dando continuidad a las publicaciones del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste que abordan la discusión de los tópicos centrales de la teoría jurídica y de los temas de suma relevancia de la ciencia jurídica para la consolidación del sistema jurídico que exige nuestra democracia, que demanda la construcción de una sociedad más justa y que propone el progreso y el desarrollo soberano de nuestra comunidad.

Nuestra disciplina no se agota en la reflexión, la comprensión y la aplicación de normas, sino que es un campo de estudio profundo y

crítico de la realidad, es la piedra angular sobre la cual se edifica una sociedad democrática sólida, libre, igualitaria y justa, respetuosa de la autoridad de la ley y de la decisión de la ciudadanía, que puede y debe aportar sus ideas y sus mayores esfuerzos para construir un sistema jurídico robusto que respalde y proteja los derechos fundamentales de las personas, que garantice el acceso a justicia, que estimule a la participación en la vida cívica, que genere un Estado de calidad, que promueva el desarrollo económico y social sin subordinarnos a influencias externas, que alcance el bienestar.

En este sentido, los estudios de Doctorado en Derecho desempeñan un papel crucial aportando juristas que propongan la evolución del derecho, que elaboren un pensamiento jurídico autónomo y que interpelen al sistema jurídico ante un contexto de transformación acelerada de las estructuras sociales, económicas, políticas e institucionales, generada a nivel global por la revolución de las comunicaciones, de la información y de las tecnologías, y a nivel nacional por el dinamismos de nuestra sociedad y las reformas legislativas, que exige un conocimiento exhaustivo de las normas vigentes y el desarrollo de la capacidad crítica para interpretar y adaptar al derecho a las nuevas realidades.

Por esta razón, estamos persuadidos que el Doctorado en Derecho es un espacio clave para profundizar en estos temas, ofreciendo una formación rigurosa y un entorno de excelencia académica propicio para el desarrollo de nuevas ideas, para la promoción del pensamiento innovador y para formar profesionales líderes y lideresas capaces de abordar los problemas actuales del sistema jurídico y anticipar los desafíos futuros para influir en la teoría y en la práctica jurídica de manera significativa.

Hecha estas reflexiones, corresponde poner en conocimiento público las primeras ideas, reflexiones y análisis de las doctorandas y los doctorandos pertenecientes a la quinta cohorte de la carrera, expuestas inicialmente en el módulo de Metodología de la Investigación Jurídica, dividiendo en dos partes los trabajos que presentamos

a la comunidad académica. En la primera, conoceremos los temas de investigación propuestos, con fuerte anclaje en la realidad jurídica regional como podrán notar en sus desarrollos; en la segunda, podremos leer los razonamientos que nos proponen reflexiones sobre la teoría general del derecho. En ambos casos, los textos están ubicados siguiendo el orden alfabético.

Comenzamos la primera parte con los temas de investigación. Así, Laura Amarilla intenta abordar el contrato entre el embarcado y el armador (empleador) donde se establece las condiciones laborales del personal navegar, intentando poner el eje en la especialidad de la temática, la importancia del comercio exterior por vía del transporte fluvial, lacustre y marítima, en los antecedentes doctrinarios nacionales e internacionales de la materia, desde una perspectiva inspirada en la teoría egológica del derecho.

Por su parte, a Carolina R. Aquino le interesa indagar la posible continuidad de la función creadora de normas (jurídicas y sociales) de los mitos y leyendas de los pueblos indígenas Wichi y Qom del Chaco Argentino que, pese a la influencia de las estructuras propias del sistema judicial local, mantienen sus costumbres y cosmovisión que trasmutan en los ideales de justicia percibidos históricamente por las comunidades originarias.

A su vez, Estefanía D. Argarate Ruzich nos aporta un análisis la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia del Chaco respecto de la figura de suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género, enfocada en una perspectiva de derechos humanos, en el acceso a justicia y a la tutela judicial efectiva, reflexionando sobre precedentes judiciales nacionales, sobre el corpus iuris internacional en materia de derechos de las mujeres y sobre las categorías asignadas por la legislación para identificar los criterios para resolver los casos.

Hugo Calvano nos ofrece un trabajo donde problematiza sobre la asimetría en la distribución de subsidios nacionales entre las distintas jurisdicciones, centrando su discusión en la concentración de fondos destinados al Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), que

redobla las asistencias percibidas por las restantes 23 jurisdicciones, lo cual afecta directamente a la ciudadanía del interior del país por la fuerte desigualdad en el precio de los boletos vigentes ya que el costo destinado al transporte se constituye como un obstáculo para acceder al servicio en lugar de contribuir al desarrollo y calidad de vida de las personas (en lo educativo, laboral, social, cultural y recreativo).

Clarivel Erguy nos convoca a repensar el delito de infanticidio, figura atípica en el derecho penal actual de Argentina, que especula sobre su aparición en contextos socioeconómicos complejos y de alta vulnerabilidad de las mujeres, sobre todo cuando las situaciones de víctimas del delito de abuso sexual no denunciado pueden operar como factor traumático desencadenante de la conducta, conforme las legislaciones y el tratamiento dado en otros países.

Entiendo que Guillermo Gapel Redcozub se luce con un trabajo sólido sobre las nuevas formas de dominio para el acceso a una vivienda digna, proponiendo una crítica jurídica aguda sobre la rigidez del ordenamiento jurídico para la adquisición del derecho real de dominio sobre inmuebles, poniendo la atención en el actual contexto socioeconómico marcado por bajos salarios, desempleo, elevados precios de la tierra, ausencia o dificultad para acceder a créditos de largo plazo, escasa oferta de vivienda sociales y prácticas negociales inmobiliarias con altos niveles de informalidad dominial en Argentina, temas que requieren ser pensados desde la interrelación entre nuevas visiones del derecho de propiedad que resulte aplicable en materia de acceso a la vivienda, tal como ocurre en el derecho comparado, con especial interés en aquellos institutos jurídicos que buscar proteger a grupos desaventajados.

Laura J. González Delgado y Anahí E. Vilalta observan las características legales del instituto de las uniones convivenciales y su posibilidad de incluir la figura de la compensación económica ante la ruptura de la relación, a los fines de superar el desequilibrio que afecta especialmente a las mujeres, además de pensar formas de cuantificarlas conforme los criterios de la jurisprudencia y de la doctrina en figuras paralelas.

Nora Infante se propone estudiar la violencia vicaria como un derivado de la violencia doméstica o de género, que adquiere en los últimos años importancia por los casos que se pretenden estudiar y la adecuada protección de las víctimas (especialmente niños, niñas y adolescentes), para lo cual se propone una revisión exhaustiva de la literatura, una comprensión de los factores desencadenantes, y una reflexión sobre el derecho comparado, la legislación local y los proyectos de ley existentes.

Claudia Jaimez nos plantea su preocupación por la baja inversión de los capitales privados nacionales y extranjeros en desarrollos inmobiliarios (propiedades horizontales, barrios privados y otras modalidades) y recurre a un diagnóstico sobre las variadas causas que generan esta situación de la que se desprende un análisis jurídico sobre los factores que limitan o son insuficientes para proteger la inversión en el sector privado.

Natalia B. Levrino Fernández nos invita a analizar la situación de verificación de créditos de acreedores vulnerables en procesos de concursos o quiebras, especialmente ante la solicitud de un pago anticipado frente a la presencia de otros acreedores con créditos privilegiados en el proceso, buscando el equilibrio que debe pensar la jurisprudencia entre la urgencia de tutelar derechos como la salud, la vida, entre otros merecedores de una consideración especial, sin perjudicar a los demás acreedores que tenían garantía para el cobro y sin afectar la seguridad jurídica por el impacto sobre la actividad económica y las inversiones.

Juan Pablo Lubary propone marcar las diferencias centrales en la aplicación del instituto de remisión de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal entre las diferentes provincias, situación que generan un trato desigual que podría someterse al mismo sujeto a un proceso penal o bien desjudicializar y derivar a un órgano administrativo dependiendo de la jurisdicción, en clara contradicción con la normativa internacional establecida por las Reglas de Beijing y la Convención de los Derechos del Niño, con la jurisprudencia de nuestro sistema interamericano.

Laura Malvarez hace una propuesta atractiva para el espacio académico porque analiza la importancia del servicio de patrocinio jurídico gratuito de nuestra Facultad en el cumplimiento de dos finalidades claras, por un lado, la tarea de mejorar la formación de estudiantes y, por el otro, permitiendo el acceso a la justicia a personas vulnerables, actuando como un puente entre los sujetos justiciable y la jurisdicción.

Tatiana Mañak propone analizar una sentencia del Superior Tribunal de Justicia del Chaco, problematizada en un debate epistemológico entre una interpretación positivista del derecho aplicable o los principios ordenadores de diferente peso o importancia surgidos de los tratados de derechos humanos, incluyendo su preocupación por el uso de herramientas con perspectiva de género en la actividad jurisdiccional desde los nuevos enfoques teóricos.

Fermina Mauriño se mete con la relación a la inteligencia artificial y los derechos humanos, con especial interés sobre la existencia de sesgos algorítmicos capaces de provocar un impacto desfavorable para ciertas personas o grupos de personas, particularmente contra las mujeres, aportando respuestas parciales, sesgadas, con prejuicios, distorsionadas, que trasladan esas relaciones de poder al universo digital.

Octavio Panizzo examina la problemática jurídica de la ausencia de pautas objetivas para la tipificación y cuantificación del despido discriminatorio en el contexto del derecho laboral argentino, lo cual influye en el nivel de protección y de disuasión de este tipo de conductas discriminatorias en el ámbito laboral, considerando los incentivos generados por la legislación y por la jurisprudencia.

Gonzalo Quinteros Pampliega nos convoca a pensar sobre el derecho a morir con dignidad como potestad de las personas para decidir su propio plan de vida, enfocando en la viabilidad jurídica de la eutanasia activa directa, los problemas vinculados a la responsabilidad médica, la autonomía de la voluntad del paciente, la libre disposición del cuerpo, entre otros tópicos iniciales.

Nicolás Repetto pretende estudiar los criterios y requisitos que se exigen para hacer los acuerdos conciliatorios en sede administrativa en

Corrientes, cuya descripción de las características y de las condiciones que han permitido su homologación permitirá comprobar el alcance de una justa composición de derechos e intereses de las partes.

Facundo San Lorenzo trabaja sobre los contratos de larga duración que se proyecta por varios años debido a las características que actualmente adquieren ciertos negocios jurídicos, lo que, por un lado, transforma progresivamente una causa de cambio en una finalidad rentística de larga duración, y, por el otro, plantean muchos desafíos, que involucran tanto el precio, como las prestaciones de hacer, de dar y el plazo, y sobre todo, la conmutatividad de los acuerdos y beneficios, entre otros.

Andrea G. Tritoni debate sobre la tensión entre el ejercicio de un derecho al ambiente sano (difuso y colectivo) y el derecho al acceso a una vivienda digna (subjetivo e individual) cuando la respuesta a la carencia habitacional queda expuesta ante posible afectación de la naturaleza, poniendo el eje en la ponderación judicial para resolver conflictos y la determinación su prevalencia en el caso particular.

Elena Vallejos Schulze nos invita a analizar la responsabilidad por los daños del médico psiquiatra cuando interviene en la evaluación y determinación de la existencia o inexistencia de riesgo de una persona con discapacidad mental, cuando ese perjuicio lo sufre la persona evaluada o en un tercero, desde un análisis de la doctrina y la jurisprudencia local y nacional, así como el análisis de casos de hospitales públicos de Corrientes.

Cristina Vigay se preocupó por pensar sobre la responsabilidad parental por daños a los hijos en la procreación asistida causados por la manipulación genética con fines terapéuticos, específicamente de los hijos engendrados para curar a un hermano, denominados por la doctrina como “el caso de los bebés salvadores”, a los fines de comprender la evolución de la legislación comparada y de la doctrina sobre la posible acción resarcitoria contra los progenitores y el debate de la cuestión ético jurídica que la temática suscita.

Leandro Nabil Zahra pone en contrapunto la legislación chaqueña cuando, por un lado, regula la presunción de legitimidad del acto administrativo como recaudo para suspender sus efectos en el Código Contencioso Administrativo y, por el otro, establece un régimen procesal de amparo que habilita la postulación de pretensiones cautelares según lo previsto en el Código Procesal Civil y Comercial, dejando en manos de jurisprudencia local la decisión en materia cautelar amparística contra actos de la administración pública en el Chaco, cuyos casos en estudio podrán aportar que las decisiones adoptadas pueden lesionar la seguridad jurídica, la igualdad y la tutela judicial efectiva.

La segunda parte lo integran las discusiones sobre temas de la teoría general. En esta sección, ofrecemos el trabajo de Gabriela Brquetas Cabral y Lara Ficca que discurre sobre la proliferación de disciplinas y especialidades científicas que tornar ilusoria la idea de unidad del conocimiento, tanto en las disciplinas tradicionales en su forma de buscar datos y conceptos, como en aquellas disciplinas como el derecho que apuestan al desarrollo de habilidades cognitivas de otro orden, cuyos paradigmas responden históricamente a cambios sociales que demandan la adopción de nuevos principios y de cambios institucionales, contraponiendo los planteos positivista, interpretativo, consensual y crítico con las ideas surgidas de la teoría de la argumentación de Robert Alexy.

José E. Luján realiza una profunda reflexión teórica sobre las características del Estado de Derecho y su preocupación sobre los peligros del autoritarismo y de los excesos que se cometan cuando los poderes públicos se desequilibran, poniendo el eje del debate en la capacidad (o no) que tienen las grandes teorías jurídicas para seguir explicando cómo la indeterminación de las interpretaciones judiciales tradicionales no lograr justificar jurídicamente una realidad marcada por la anomia.

Selene L. Maciel Almirón, María J. Ojeda y Juana A. Passennheim hacen una reflexión de alto contenido epistemológico indagando críticamente el concepto de derecho desde diferentes teorías jurídicas,

pensando sus fundamentos, los métodos, los criterios y los límites del conocimiento jurídico, con la idea de evaluar su validez, coherencia y aplicabilidad en el contexto jurídico actual marcado por la globalización, la diversidad, la interdisciplinariedad y la innovación tecnológica.

Amalia Susana Palma e Ingrid Rosas Villarrubia proponen analizar los puntos claves de la teoría crítica jurídica y su influencia en la doctrina argentina, especialmente porque sus posicionamientos epistemológicos permitirán una mayor comprensión del contexto social e histórico de las instituciones democráticas y del sistema jurídico desde 1983.

Karina M. Parfinjuk y María S. Sánchez debaten sobre el carácter epistemológico del derecho como ciencia, con un breve repaso por las diferentes escuelas tradicionales del pensamiento jurídico hasta la irrupción de la teoría crítica, posición en la que encuentran anclaje para sostener sus posiciones y la necesidad de la interdisciplina para comprender la complejidad de la realidad jurídica y social.

Camila Parra aborda algunos aspectos de la responsabilidad estatal derivada de la función judicial ante la posible prestación anormal del servicio de justicia, analizando la responsabilidad directa y objetiva del Estado por actos, hechos y omisiones derivados de la actividad o inactividad pública y las controversias sobre los daños causados en cumplimiento de la función judicial, tanto desde la óptica de la doctrina como de la jurisprudencia.

Matias Payes propone un análisis histórico de la estructura y funciones de la Justicia de Paz en Corrientes en el siglo XIX, haciendo particular énfasis en las facultades de poder policía en las cuestiones sanitarias.

Gerardo Pozzer aborda el análisis las ordenanzas de excepción a las normativas de organización y planeamiento urbanístico del Municipio de Corrientes respecto a la recepción implícita o explícita de la gobernanza ambiental, aportando una mirada novedosa desde la concepción deliberativa de la democracia.

Como podrán apreciar en su lectura, este libro no solo representa un logro académico para sus autoras y autores, sino que también ofrece una valiosa contribución a la ciencia jurídica y al desarrollo del derecho en Argentina. Cada capítulo es un testimonio del rigor y la profundidad del pensamiento que caracteriza a la experiencia inicial de la investigación doctoral en derecho. A través de sus páginas, encontrarán un reflejo de la vitalidad y la relevancia de la investigación jurídica en el contexto contemporáneo, así como un indicio de la dirección futura que la ciencia del derecho podría tomar.

La experiencia indica que la capacidad de las y los juristas para contribuir al desarrollo del sistema jurídico depende en gran medida de la calidad de la educación que reciben. Es en este punto, las Universidades Públicas tenemos una responsabilidad y un potencial extraordinario, no solo porque brindamos una formación académica de excelencia y calidad, sino también porque debemos actuar como centros de producción de conocimiento crítico y relevante que, al ofrecer la carrera de Doctorado en Derecho, genere un sólido capital intelectual para el progreso de la disciplina y para garantizar que nuestras instituciones jurídicas evolucionen de manera que respondan a las necesidades y aspiraciones de nuestra sociedad.

La historia de la Argentina indica que la educación es una marca distintiva de nuestra identidad y conlleva la posibilidad del ascenso social, especialmente la educación universitaria. Pero esa Universidad Pública que nos llena de orgullo, atraviesa muchos problemas de larga data, que van desde cuestiones presupuestarias hasta temas sensibles sobre la excelencia académica y la calidad institucional.

Yo no quiero que la Universidad se transforme en un problema para ninguno Gobierno. Yo solo quiero que la Universidad en particular, y toda la educación en general, sea un punto de encuentro de los argentinos y argentinas, como lo fue durante muchísimo tiempo, donde los pobres y los ricos, los ateos y los creyentes, los de izquierda y los de derecha, sentíamos que en ese lugar seguro, con afecto y

con método, podríamos obtener un diploma profesional con el cual ganarse honestamente la vida.

Como sostiene Fernando Savater: “la educación es lo que lucha contra esa fatalidad que hace que el pobre siempre tenga que tener hijos pobres y que el ignorante siempre tenga que tener hijos ignorantes”. Por eso creo en la aventura de Sarmiento de regar todo el territorio de la República con escuelas, en la firmeza de la Ley 1420 que garantizó la educación pública, gratuita y laica para todas las personas, en la gesta de nuestra Reforma Universitaria de 1918 que construyó esta universidad pública, autónoma, laica, científica, innovadora, al servicio de la sociedad, y en el compromiso social tras el regreso a la democracia en 1983 donde pensamos en la educación del futuro para una patria libre y respetuosa de los derechos humanos y del orden constitucional. Necesitamos un nuevo contrato educativo en Argentina, para construir un sistema de excelencia, de calidad, abierto a toda la sociedad, solvente, profundo y robusto, científico y tecnológico, humanista y cívico para que podamos ser mejores como país.

Para finalizar, somos conscientes que la ciencia jurídica y la educación universitaria se encuentran en el corazón del progreso del sistema jurídico, y en la medida que nos adentramos en una era de cambios y desafíos, la formación juristas y la generación de nuevos conocimientos se vuelven cada día más importantes y más necesario. Este libro es un paso en esa dirección, y su publicación es un testimonio de este compromiso que asume la Universidad. Es imperativo que sigamos apoyando y promoviendo estos esfuerzos, conscientes de que el futuro de nuestra sociedad depende en gran medida de la fortaleza y la integridad de nuestras instituciones jurídicas.

La importancia de abordar
la problemática laboral del
personal embarcado argentino
en concordancia con el campo
laboral y con especial énfasis en la
perspectiva de su especialidad.

| Amarilla García, Laura Inés |

La importancia de abordar la problemática laboral del personal embarcado argentino en concordancia con el campo laboral y con especial énfasis en la perspectiva de su especialidad.

Introducción:

El tema principal a abordar en el presente trabajo es el Contrato de Ajuste, figura exclusiva del Derecho de la Navegación, donde los sujetos expresan las condiciones laborales del personal navegante, que en la actualidad presenta conflictos especiales de necesario tratamiento.

Al momento de mencionar la materia que da vida a la regulación de la actividad, en principio, se encuentra muchas veces desvalorizada por la sociedad en general, que la observa como una actividad distante de su propia cotidianeidad; empero, la importancia radica en la proyección de un país hacia los demás estados dentro de la universalidad que comprende el comercio exterior, donde el instrumento efectivo para la exportación e importación es el medio acuático; por lo que objetivamente se pretende visibilizar un tratamiento normativo adecuado a la especialidad y subjetivamente concientizar sobre la importancia que ello radica.

Desde el punto de vista regional, se destaca que nuestras costas son bañadas por ríos: Rio Paraná y Rio Paraguay, que da nombre a un acuerdo internacional de gran trascendencia en las relaciones internacionales de nuestro país como lo es el Convenio de Hidrovía

Paraná- Paraguay entrelazado con el corredor bioceánico de implicancias altamente beneficiosas para el comercio y transporte. Esta óptica, nos señala la gran envergadura de las relaciones jurídicas que emergen desde el Derecho de la Navegación.

Ahora bien, dichas relaciones comerciales proyectadas al exterior se plasman, como se expresó anteriormente, por la vía acuática, y en el universo de relaciones que surgen del transporte a través de un buque, encontramos una, sobre la cual nos enfocaremos: la relación laboral del navegante argentino y su empleador, que desde el punto de vista técnico es: el Armador figura típica, y empresario por excelencia, en el Derecho de la Navegación.

Es dable señalar que los principios laborales coadyuban a garantizar aspectos generales de la relación laboral entre armador y personal embarcado mas al momento de tener que resolver un conflicto enmarcado en la especialidad y/o especificidad del navegante (visualizado a través del particularismo de la materia), ingresamos a una complejidad tal que, se recurre a una interpretación extensiva de la norma con las consecuencias que ello implica. A modo ilustrativo, cuando se habla de especialidad, decimos en general, un navegante no cuenta con las mismas premisas que goza cualquier trabajador (terrestre) quien, al momento de llegar tarde a su lugar de trabajo, a lo sumo, podrá ser apercibido; sin embargo, si comparamos y colocamos al navegante ante la misma situación de llegar tarde a su lugar de trabajo, éste será despedido. En cuanto a la especificidad, quedará al margen de todo tipo de cotejo que podamos realizar respecto de un capitán de navegación de cabotaje que transporta mercaderías y un capitán de pesca en altura, aunque también realice navegación de cabotaje puesto que cuando hablamos de especificidad, estamos describiendo de manera exhaustiva la actividad laboral sobre la cual nos referenciamos, describiendo no sólo las tareas sino también el espacio donde la realiza (respecto del tipo de buque, y también respecto del tipo de navegación: marítima, fluvial o lacustre). Ambos aspectos hacen a la complejidad de la problemática actual, donde

por más que se cuente con regulación en el Derecho Laboral, que ubica la actividad de este personal entre los regímenes especiales, y las leyes correspondientes al Derecho de la Navegación, no alcanzan a contemplar escenarios que podríamos identificar como “normativamente sinuosos” motivo por el cual se apela consecuentemente a la aplicación de la interpretación extensiva de la norma, asimismo, la dispersión normativa materializada a través de los innumerables convenios colectivo de trabajo dificulta aún más, el alcance de soluciones a casos que podrían tener un tratamiento específico desde el estudio científico desde la visión de la materia especial: Derecho de la Navegación.

En el presente trabajo se expondrá pensamiento y posiciones doctrinarias, algunas acompañando el desarrollo de una posición que reclama tratamiento desde la especialidad (sobre la base del particularismo de la materia) y otras que se conforman con la utilización de la normativa vigente y su interpretación extensiva, se cotejarán estas posturas para determinar si existen o no coincidencias con el enfoque metodológico, se profundizarán en los antecedentes doctrinarios nacionales e internacionales de la materia especial para luego sumergirnos en la Teoría General del Derecho de la Navegación desde la visión de los primeros investigadores argentinos quienes se han inspirado en la Teoría Egológica y su desarrollo fenomenológico del derecho con la diversidad de aristas que surgen del modelo europeo que se siguió para elaboración del proyecto de la Ley de Navegación. A modo de conclusión se presentará y fundamentará la posición personal adoptada con el objeto de conjugar aportes tendientes a promover una actualización de la legislación con contundencia tal, que se puedan materializar las propuestas doctrinarias, por medio de un estudio y análisis de conexiones provenientes de la especialidad y especificidad fundados en la autonomía de la materia.

Estado del Conocimiento:

En este espacio se desarrollan textos de autores argentinos que han abordado la temática de acuerdo a las distintas etapas y épocas de la actividad navegadoria, cabe señalar, que actualmente la posición de la doctrina mayoritaria advierte sobre la existencia de una dispersión normativa en lo que algunos llaman laboral marítimo y otros laboral del Derecho de la Navegación, ambos coinciden en la necesidad de una reforma ante la existencia de una ley vetusta alejada de la realidad actual, pero no emerge un tratamiento con la suficiente contundencia, calidad que se adquiere a través del estudio científico, en este caso, de la naturaleza del contrato de ajuste (los elementos que constituyen su núcleo) y su íntima relación con la autonomía de la materia. Se destaca, que estos doctrinarios enriquecen y realzan con sus pensamientos el significado de la especialidad y especificidad del navegante que representa una relevante contribución para determinar puntos de inflexión en la relación laboral, esenciales al momento de descifrar y acompañar una posición y es por ello que deviene necesario exponer.

(Diez Mieres,1954) en Tomo I de Derecho de la Navegación en su apartado 18. Rescisión del Ajuste por despido expresa:

“El despido del oficial o del tripulante puede ocurrir por decisión del empleador o por voluntad propia. El empleador puede despedirle en cualquier momento, antes o durante el viaje, sin motivo alguno, con o sin justa causa, salvo la obligación de indemnizarle en este supuesto último. No tiene análogo derecho el marino. Éste no puede retirarse por voluntad propia, sino en aquellos contados casos en que la ley lo admite. Una vez contratados sus servicios, aunque tenga razones justificadas, no puede abandonar el buque ni en el curso del viaje, ni en el puerto de escala, ni antes de empezarla. Si lo hace perpetra el delito de deserción, y

puede ser constreñido coercitivamente al cumplimiento de la contrata; lo que constituye una solución muy peculiar de la ley marítima. Retirarse equivale a abandonar el buque y no pueden hacerlo sino en las emergencias legalmente previstas. Y, fuera de las previsiones especiales de la ley, claro está que el contrato de ajuste no puede ser rescindido por demanda judicial de una de las partes cuando la otra no cumple su compromiso, conforme al régimen de los contratos sinalagmáticos comerciales, porque las modalidades y naturaleza del ajuste son distintas. El Código señala solamente dos casos especiales que autorizan al tripulante a pedir la rescisión del contrato: cuando fuese maltratado o no se suministrase alimentos por el capitán.” (p. 227)

Del texto se observa la particularidad del despido del personal embarcado donde el empleador puede utilizar esa facultad de manera libre (con la condición de abonar indemnización en los casos que corresponde) pero esa misma libertad no lo tiene el navegante puesto que la ley prescribe situaciones específicas a modo de rescisión unilateral de su parte.

En ese orden de ideas, atento a lo manifestado precedentemente por Alberto Diez Mieres, (Fernández, 1961) en Los Trabajadores de la Navegación Acuática Revista N°18 de la Universidad de Buenos Aires expone:

“Parece innecesario destacar la urgente necesidad de una reforma orgánica e integral de las disposiciones del Libro III del Código de Comercio, relativas a la navegación en general y al contrato de ajuste en particular que reiteradamente fuera aconsejada por tribunales, juristas y los propios interesados. Por decreto n°5.496 de fecha 6 de mayo de 1959, dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, publicado en el Boletín Oficial del 13 de mayo de 1959, dispúsose

aprobar (art. 1º) “... el convenio celebrado por el señor Ministro Secretario en el Departamento de Educación y Justicia con el doctor Atilio Malvagni para la redacción de un proyecto de ley general de la navegación”. En los considerandos del decreto en cuestión, se expresa “... que la antigüedad de las disposiciones del Código de Comercio referente a la navegación -Libro III- cuya sanción data del año 1889, la aparición de nuevas instituciones y de modernas figuras contractuales no contempladas en el Código, las transformaciones del derecho laboral de la navegación, cuyas normas deben adaptarse a las características actuales del transporte por agua y a los modernos principios que rigen en la materia, la necesidad de que las autoridades del buque cuenten con los recursos que en todas las legislaciones marítimas existen para el mantenimiento de la disciplina, conservación del orden y seguridad del buque y de la carga y vidas humanas que en él navegan, ...hacen imprescindible un cuerpo de disposiciones que abarque integralmente, con carácter uniforme, todos los referidos aspectos y constituya... una inmediata readaptación del Libro III del Código de Comercio... “ (p. 42).

29 /

Del texto surge la necesidad de una reforma desde la especialidad donde se encomienda elaboración de Proyecto de Ley General de la Navegación al Dr. Atilio Malvagni Prof. de Derecho de la Navegación en Universidad de la Plata mencionando que la antigüedad de las disposiciones impresas en el Código de Comercio datan de 1889, tras la sanción de la ley se suprime el título de las normas laborales que se rigen por las disposiciones del Código de Comercio y la protección del Derecho Laboral en los que proceda, (se señala que con la última reforma – unificación de Código Civil y Comercial- las figuras que corresponden a la materia especial se trascibieron sin modificación y agregaron a la última parte de Ley de Navegación) subsistiendo el interés de reforma por parte de la doctrina.

(Ray,1963) Derecho de la Navegación en su apartado de las normas laborales afirma:

“En el libro III Tit. IV del Código de Comercio bajo el acápite De la contrata y de los sueldos de los oficiales y gente de mar: sus derechos y obligaciones se regula lo fundamental referente al contrato de ajuste, que forzosamente debe complementarse y coordinarse con las disposiciones del derecho laboral común. Esas normas, verdadera novedad en materia laboral a la fecha de la sanción del Código de Comercio, son las que deben prevalecer en caso de contradicción con las del derecho común. Por otra parte, asegura: “El estudio de las distintas hipótesis referentes a la remuneración o indemnización que le corresponde al tripulante en los casos de servicios extraordinarios, horas extras, trabajo en días feriados, enfermedad y despido, demuestra la imposibilidad de aplicar lisa y llanamente las normas establecidas para el trabajo terrestre. Aún cuando entendamos que, en principio, las normas del Libro III son las aplicables a la gente de mar cuando preve específicamente el problema de que se trate, es imprescindible adaptarlas y tomar en cuenta la evolución social que ha superado la protección establecida en el Libro III del Código de Comercio.” (p. 154).

\ 30

(Ray, 1963) bosqueja lo que luego pasa a ser la Ley de la Navegación cuya estructura asimila a un Código observando que se tomó como modelo el Codice della Navigazione Italiano (1942) y Blas Simone completa esta posición, mencionando que en principio se tomó el proyecto como Código de la Navegación que ha excluido las normas laborales por considerar que podría modificarse con cierta “lentitud” a diferencia del ritmo y velocidad de las leyes laborales. A su vez este doctrinario, afianza la postura del presente trabajo diciendo:

Respecto al encuadramiento metodológico, los especialistas en derecho del trabajo, sostienen que las normas sobre ajuste deben formar parte del futuro código del trabajo y los maritimistas se han colocado en una posición contraria. Aunque se trata de un problema valorativo porque desde el punto de vista abstracto, tan aceptable podría ser un criterio como otro, consideramos que es más conveniente y reporta más ventajas, la inclusión de las normas sobre ajuste en el código y ley de navegación. El contrato de ajuste es un contrato de trabajo y una institución del derecho de la navegación. Teniendo en cuenta la conexión que guarda con todas las instituciones referentes a este último sector, la conveniencia de una especialización en todo lo referente al estudio, enseñanza y fuero encargado de la decisión de los litigios que pudieran plantearse, nos inclinamos por esta última tesis pero con la salvedad apuntada que más importante que discutir el lugar en que debe regularse el contrato, es analizar las conexiones del mismo, y las soluciones que se han de incorporar a la ley o darse a los casos concretos que se planteen. (p. 156).

(Monsalvo, 1985) en su obra Derecho de la Navegación cuando trata el capítulo de La tripulación y el Contrato de ajuste afirma que:

“El contrato de trabajo de la gente de mar (llamado contrato de ajuste) presenta la particularidad derivada del medio donde se desarrolla y la subordinación que deben los tripulantes al capitán, en virtud de las atribuciones que éste tiene...” por otra parte menciona al derogado Código de Comercio: “El art. 984 del Código de Comercio define el contrato de ajuste como el Contrato que se celebra individualmente, entre armador, por una parte y el capitán, oficiales o además individuos de la tripulación, por otra, se

denomina contrato de ajuste y consiste por parte de estos, en prestar servicios por uno o mas viajes, por un tiempo determinado o indeterminado, mediante un salario y bonificaciones... El art. 1017 Código de Comercio establece que el salario del capitán, oficiales y demás individuos de la tripulación ...No forman parte del salario las retribuciones excepcionales (vgr. Salarios de los días empleados para recoger restos náufragos o servicios extraordinarios) ni tampoco la alimentación ni alojamiento. Se prohíben las retenciones o deducciones que rebajan el monto de los salarios, con excepción de los gastos de repatriación a cargo del tripulante, las contribuciones jubilatorias, los adelantos al tripulante (que no pueden exceder 1/3 del salario convenido) y el importe por los daños causados intencionalmente por el tripulante. Igualmente, las multas que el armador deba pagar por hechos u omisiones imputables al tripulante.” (p. 217).

\ 32

(Blas Simone, 1996) Compendio del Derecho de la Navegación reafirma (como los autores que lo anteceden) la existencia de:

“reglamentación expresa, casuista y rigurosa de la extinción del contrato de ajuste que excluye cualquier tentativa de asimilación con el derecho común” con especial énfasis en el deber de obediencia del tripulante hacia el capitán: “Por sobre cualquier caracterización del ajuste, el tripulante debe especial obediencia al capitán en los momentos que actúe como delegado de la autoridad pública, esto es, para la seguridad y salvación de la comunidad navegante (buque, pasajeros, tripulantes y carga). La obediencia, elemento de la subordinación jurídica del dependiente, está implícita en todo contrato de trabajo...la sanción por inobservancia puede llegar a la suspensión o al despido del dependiente. En

cambio, en el contrato de ajuste, la sanción por la inobservancia del tripulante de su deber de obediencia a una orden del capitán está contenida en normas penales (arresto, prisión) cuando el capitán actúe como delegado de la autoridad pública, además del despido consiguiente por causa justa.

Estas características de la debida obediencia, del tripulante le imponen una subordinación quasi militaris tipificante de su subordinación jurídica... cuando el capitán ejerce su función como delegado de autoridad pública el tripulante deja de ser trabajador para convertirse por sus funciones en agente de policía o en un bombero. (p. 151)

Blas Simone, tal como el resto de los autores destaca la especialidad de la materia incorporando con una atención especial la subordinación del tripulante hacia su capitán.

(Chami, 2010) Derecho de la Navegación efectúa un breve tratamiento del concepto y la naturaleza del contrato de ajuste mencionando que:

“... es un verdadero contrato laboral que se incluye entre lo que en derecho laboral se denominan estatutos especiales, es decir, contratos de trabajo sometidos, por sus particularidades a un régimen jurídico distinto al regulado en la LCT. Cabe señalar las notas características que diferencian el régimen jurídico del contrato de ajuste del sistema de contrato de trabajo. Así, si bien se trata de una vinculación de derecho privado entre el armador como empleador y el tripulante como trabajador, esa relación se superpone con un aspecto de derecho público, como es la obediencia y el respeto de los tripulantes al capitán como delegado de la autoridad pública...” (p. 430).

En cada uno de los autores se antepuso la especialidad del trabajador marítimo distinguiéndolo del trabajador terrestre tanto en la forma de cobro de su salario y las circunstancias especiales de su actividad laboral a bordo, la naturaleza especial del contrato de ajuste, sus puntos de conexión con el derecho de la navegación y su íntima relación en la esfera pública a razón de la delegación especial del capitán. Si hacemos una aproximación a la cotidianidad laboral terrestre a modo ejemplificativo podemos decir que no es equiparable la situación de un gerente de comercio que ordena su vendedor que apague el incendio que se inició en una de las oficinas (el vendedor huye del incendio) al capitán que ante el inicio de incendio en un camarote ordena al tripulante que lo apague (dicha orden se ejecuta y no se discute) y por ello, y otras cuestiones tendientes a la especialidad, que se propicia una actualización de la ley.

En cuanto a metodología desde el punto de vista doctrinario sostiene apoyatura en un pluralismo metodológico en el carácter autónomo de las disciplinas por lo cual habría un método para el derecho penal, uno para el derecho civil y uno para el derecho de la navegación puesto que de la clasificación de las disciplinas jurídicas o ramas del derecho existen de cada una de las diferencias esenciales.

Con un enfoque metodológico cualitativo, en el marco del análisis exhaustivo de los elementos componentes del núcleo del contrato de ajuste de naturaleza especial y su relación con la autonomía desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho de la Navegación planteada por el Dr. Jorge Bengolea Zapata, influenciado por la Teoría Egológica de Carlos Cossio, se entiende que es el medio idóneo por lo cual, se realizará el estudio pormenorizado del contrato de ajuste abordado desde la especialidad y especificidad, cuyos alcances no están comprendidos (de manera integral) en el campo del Derecho Laboral. Se concluye que el resultado de la investigación particularista de la materia, podrá llevarnos a crear categorías de elementos comunes que hacen a la especialidad del contrato de ajuste cotejando puntos de conexión entre la dispersión normativa interna y la nor-

mativa internacional e incluso, aunque no de manera contundente, llegar a una aproximación de estándares a considerarse para la regulación de las especificidades que también conforman la relación laboral, todo ello inmerso, en una actualización de la ley incorporando el suprimido título de las normas laborales propuesto en el Proyecto elaborado por Atilio Malvagni. Se aspira con ello, a una mayor comprensión y efectividad de la norma al momento de dar soluciones a casos concretos.

Marco teórico

Precedentemente, se pudo percibir la problemática que aqueja y resquebraja la relación laboral entre armador y personal embarcado, conflictos que se pretende descomprimir colocando al contrato de ajuste como objeto de estudio, con énfasis en su especialidad y especificidad y lograr identificar un grupo de elementos comunes, y desde la intencionalidad plasmada al mencionar a autores de la talla de Jorge Bengolea Zapata y Atilio Malvagni podemos afirmar adhesión donde se ha tenido en cuenta la afinidad con el campo del derecho a investigar, si bien se puede determinar que se circunscribe a la rama del Derecho Laboral, se enfatiza una perspectiva diferente basada en la especialidad del Derecho de la Navegación puesto que nos encontramos observando la normativa laboralista del personal embarcado de la navegación, al mencionar esta especialidad, estos dos autores que se destacan por encima de los demás, Jorge Bengolea Zapata comenzó el desarrollo de una Teoría General del Derecho de la Navegación y Atilio Malvagni, influenciado por esa corriente de pensamiento, elaboró la Ley de Navegación vigente bajo esa estructura hasta la actualidad. Sin embargo, se ha tenido que profundizar en los pensamientos de estos autores y en ese estadio se puede reconocer que Bengolea Zapata era un catedrático conocido de Carlos Cossío quien con la Teoría Egológica coadyuvó a su Teoría General del Derecho de la Navegación.

A partir de este contexto, comenzamos a nutrirnos con las diferentes afluencias doctrinarias de la especialidad laboralista marítima, el proyecto de Atilio Malvagni que hoy representa la Ley de la Navegación 20.094 influenciado por el Dr. Jorge Bengolea Zapata(1913- 2018) quien fuera Profesor de Derecho de la Navegación de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Catedrático de Derecho Marítimo y Legislación Aduanera en la Universidad Nacional de la Plata, Profesor Honorario de Derecho de la Navegación en la Universidad de Belgrano y Miembro Titular del Comité Marítimo Internacional realizó el tratamiento de la Teoría General que marcó la directriz de autores estudiosos y destacados en la materia y reconocidos internacionalmente que encauzaron sus investigaciones. Ahora, ¿Cómo surge el origen de la Teoría General del Derecho de la Navegación (1976) de Bengolea Zapata? Para ello tenemos que realizar una especial referencia sobre el pensamiento de Carlos Cossio (1903 -1987), con quien han compartido labores catedráticas en las mismas Instituciones de la época. Cabe señalar que Benegolea Zapata se ha apoyado en el pensamiento de Carlos Cossio como lo podemos observar en su obra publicada en diciembre de 1976 el Prólogo de dicha obra a cargo de Cossio expresa: “nuestro autor escalona tres tesis entrelazadas...en primer lugar, que la Teoría General del Derecho, con fundamentación empírica, ha caducado; que la Teoría General así concebida, como si fuera una rama más entre las disciplinas dogmáticas, no ha podido darle al jurista un punto de apoyo que le prometió y que hubiera sido su justificativo. Confirma así, Bengolea Zapata por su experiencia, el viejo fallo que el pensamiento teórico tiene dictado contra Bierling, Bergbohm y Merkel. Dice que esta apetencia ha sido satisfecha, no por alguna Filosofía del Derecho sino por una Filosofía de la Ciencia del Derecho, que, si bien la hay, no hay una Teoría General del General del Derecho” desde allí remarca que es imprescindible el desarrollo de ambas por el método filosófico y también por los problemas filosóficos es por ello que da fe que la Teoría Egológica ha satisfecho ampliamente las

necesidades científicas del jurista. Es dable destacar que, si bien no hay una Teoría General del Derecho con base empírica, hay teorías generales parciales con ese tipo de base.

Según la Teoría General del Derecho a decir de Bengolea Zapata (1976), ha sido “modelada sobre cuño positivista que en ningún caso podrá constituir una morfología cerrada e inerte sino en una estructura abierta atenta a las variables de particularidades de cada segmento de la realidad jurídica, siempre constituidos por totalidades sucesivas dinámicas”

Sobre estas bases, “simientes” como lo menciona Bengolea Zapata expone su hipótesis de la mano de los pensamientos de Carlos Cossio y a su vez, Atilio Malvagni recibe esa influencia y pasión por la investigación del Derecho Marítimo.

Cossio, por su parte, toma la teoría jurídica pura de Hans Kelsen y la convierte en una parte importante de su teoría. Pero siempre ha habido una tensión entre los dos enfoques. Cossio aceptó el derecho positivo, pero rechazó el normativismo mecánico como objeto de jurisprudencia. A su vez, se distinguió por mostrar que los derechos de agencia humana en el contexto de la intervención intersubjetiva deben entenderse y explicarse a través de la teoría cognitiva. Ya no se trata de sujetos jurídicos ideales (normativismo mecánico), sino de personas, personas reales, es decir, el derecho como acción humana. Principio del formulario tendencia fundamental de la Filosofía Jurídica argentina, con proyección universal.

La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad, se enuncia el propósito de constituirse en una Filosofía de la Ciencia del Derecho. La preocupación epistemológica se ve reflejada en las dimensiones que integran la Teoría Egológica del Derecho: Ontología Jurídica, Lógica Jurídica Formal, Lógica Jurídica Transcendental y Axiología Jurídica Pura.

De este modo, trata de analizar el Derecho como una singular experiencia; el Derecho es un objeto cultural cuyo conocimiento requiere una intuición (a decir de Husserl), una comprensión y un pensamiento normativo. Se opera entonces en la teorización jurídica

un cambio profundo; la norma jurídica deja de estar en el centro de las preocupaciones jurídicas como objeto lógico, cuyo conocimiento es susceptible de un procedimiento racional y, en su lugar, se instala la experiencia concreta del Derecho en toda su complejidad gnoseo-lógica-existencial-valorativa enfoque esencial para el tratamiento de la especialidad y especificidad en materia laboral marítima.

Estas preocupaciones epistemológicas se reflejan en las dimensiones que constituyen la teoría jurídica trascendental y la teoría jurídica pura. La primera se justifica por el estudio del significado de la ley. Al mismo tiempo, existe una lógica de tematizar el estilo de pensamiento propio del abogado, ya que las reglas constituyen un “logo” especial del pensamiento de las acciones que constituyen el derecho.

La lógica jurídica formal se construye en torno a estas categorías. Además, debido a que pensar en lógica es conocimiento sobre epistemología y debido a que “interpretamos” (conocemos mediante comprensión) acciones a través de normas, existe una teoría especial del conocimiento normativo: la lógica trascendental.

Finalmente, dado que los datos generales que aporta la jurisprudencia son “experiencia jurídica” y no son más que experiencia y comportamiento humanos, es necesario prestar atención a la estructura de este comportamiento. Este estudio muestra que todo comportamiento es simplemente el desarrollo de valores. Por ello, es muy importante analizar el conocimiento axiológico sobre la acción, es decir, la axiología jurídica pura.

Bengolea Zapata ante el tratamiento de los Principios Generales del Derecho de la Navegación habla sobre proposiciones de “naturaleza estándar comunitariamente compartida” (valores ambientales prevalentes) criterio receptado por nuestra doctrina como fuente formal del Derecho de la Navegación e instrumentos de sistematización que integran la experiencia jurídica en virtud a la Teoría de Carlos Cossío.

Además, la jurisprudencia, como otras ciencias, no se considera mera ideología. Por lo tanto, la filosofía jurídica debe tener una teoría ideológica que pueda aceptarse como verdad distinguiendo entre

verdad científica y error ideológica, y las concepciones jurídicas desarrolladas mediante intereses racionalizadores o justificadores pueden rechazarse como ideología

Así, la teoría egológica intentan analizar el derecho como una experiencia única. El derecho es un objeto cultural cuyo conocimiento requiere intuición (al estilo husserliano), comprensión y pensamiento normativo.

Las normas jurídicas ya no ocupan una posición central en el derecho como objetos lógicos, el conocimiento de las normas jurídicas tiende a seguir procedimientos racionales y, en cambio, se establece la práctica real del derecho con todas sus complejidades epistemológicas-existenciales-evaluativas.

Respecto a técnicas a emplear La estrategia metodológica a utilizar es cualitativa, cuyo método comprende el estudio y análisis de casos; y las técnicas propuestas son en primer lugar fichaje bibliográfico, hemerográfico, textos jurídicos y de resumen, soporte de video y documentos online y análisis crítico sobre un conjunto de leyes y jurisprudencia seleccionados.

Se analizarán los conceptos legales evaluando críticamente su adecuación desde la autonomía científica del Derecho de la Navegación y naturaleza especial del contrato de ajuste conforme al particularismo de la materia. Se analizarán casos resueltos por la jurisprudencia en una interpretación extensiva de la norma.

Se realizarán entrevistas a profesionales que han intervenido en casos de alto contenido de interpretación extensiva de la norma para extraer a través del protagonista los recursos necesarios que permitan identificar plenamente la situación problemática planteada, una de las entrevistas se realizará vía Zoom o presencialmente según criterio de oportunidad puesto que uno de los entrevistados se encuentra en 'Buenos Aires y otro reside en Corrientes.

Con análisis exhaustivo, se comenzará a observar y de ser posible detectar y crear categorías para una mejora en la protección de la actividad laboral del personal embarcado.

Bibliografía

Obras

BLAS SIMONE, O. (1996) Compendio de derecho de la navegación. Ed. Ábaco. Depalma

\ 40 CHAMI, D. (2010) M. de Derecho de la Navegación Ed. Abeledo Perrot

DIEZ MIERES, A. (1954) Derecho de la Navegación. Tomo 1. Ed. Macchi Hnos.

FOGLIA R.A. (2020) Regímenes Laborales Especiales Ed. Act. y Ampliada tomo III p.146

MALVAGNI, A. (1949) Derecho Laboral de la Navegación. Ed Depalma.

RAY, D. (1963) Derecho de la Navegación. Ed Abeledo – Perrot.

ZAPATA BENGOLEA, J (1976) Teoría General del Derecho de la Navegación. Ed Plus Ultra

8.2 Legislaciones

Código de Comercio. Libro III

Convenios Colectivos de Trabajo CABTA-Gremios Marítimos

Convenios Colectivo de Trabajo 175/75; 356/2003; 370/1971;
4/1972

Estatuto del Personal Embarcado de 1948
Ley 20.774 de Contrato de Trabajo - LCT
LEY DE LA NAVEGACIÓN 20094 Año 1973. COMENTADA
LEY N°17371/67 Régimen del Trabajo a Bordo del personal de la
Navegación.
LEY 25323 Indemnizaciones Laborales (aplicable a la Gente de
Mar). Art. 9 LCT.
Régimen de Formación y Capacitación del Personal Embarcado de
la Marina Mercante REFOCAPEMM
Régimen de la Navegación Marítima Fluvial y Lacustre REGINA-
VE
Anexo de Apéndice José Domingo Ray Compendio de derecho de
la navegación (1996)
Convención relativa al Contrato de Ajuste de la Gente de Mar
Convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del
Trabajo. (OIT)

41 /

8.3 Publicaciones

FERNANDEZ, J (1961). *Los trabajadores de la navegación acuática: (gente de mar: contrato de ajuste)*. En: Lecciones y Ensayos, no. 18. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones. [consultado: 11/9/2023] Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/18/los-trabajadores-de-la-navegacion-acuatica.pdf>

El Derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia propia

| Aquino, Carolina Raquel |

El Derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia propia.

Introducción:

En el presente trabajo se abordan los mitos y leyendas indígenas y su función de creadoras de normas sociales que rigen la vida en comunidad de los pueblos indígenas.

Es necesario realizar dos aclaraciones previas, la primera es manifestar que el trabajo se limita al análisis de mitos y leyendas de los pueblos indígenas Wichi y Qom.

Lo segundo que se es necesario decir, aunque pareciera una obviedad, que pese a que los pueblos indígenas argentinos han sido permeados por los ideales de justicia occidental, como una de las consecuencias de la colonización, las comunidades indígenas en nuestro país mantienen sus costumbres y cosmovisión que trasmutan en los ideales de justicia percibidos por los pueblos indígenas. Vale esta aclaración pues en nuestro país no se dan casos de pueblos indígenas no contactados o aislados voluntariamente¹, como sí ocurre, citando

1. Los pueblos indígenas no contactados rechazan todo tipo de contacto con foráneos. No son atrasados ni reliquias primitivas de un pasado remoto, si no que son nuestros contemporáneos y representan una parte esencial de la diversidad

algunos ejemplos, en Perú, Brasil, Colombia, o en el Chaco Paraguayo.

La colonización Europea no ha alcanzado a socavar la cosmovisión de los Pueblos Indígenas, quienes han resistido persistentemente por mas de 500 años; esta lucha constante podemos verla traducida legal o jurídicamente en Latinoamérica en las Constituciones de Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador, México entre otras.

En nuestra legislación, el reconocimiento constitucional -Art. 75 inc. 17 CN- de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, es producto de los reclamos de las organizaciones indígenas de todo el país durante la reforma constitucional de 1994; que junto a la normativa internacional que Argentina ha suscripto, como el Convenio 169 de la OIT (2001), y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas (2007) conforman el marco normativo que reconoce y protege el derecho de los P.I. a mantener sus costumbres y cosmovisión.

Los Pueblos Indígenas aspiran a lograr el reconocimiento y la realización de su derecho a ser diferentes y a mantener su identidad y autonomía dentro de los Estados existentes ² .

Desarrollo: Para este estudio, me basé principalmente en la obra del antropólogo John Palmer quien dedicó su vida al estudio del pueblo Wichi, conviviendo con la comunidad indígena Wichí como uno más de ellos. Y en la obra del maestro Qom Orlando Sanchez. Consideré pertinente tomar estos dos autores por su especial estudio desde adentro y como parte de los pueblos indígenas. Cabe aclarar que John Palmer es de origen inglés uniéndose en matrimonio con

humana. Donde sus derechos se respetan, continúan prosperando. Conf. Nota: <https://www.survival.es/campanas/nocontactados>

2. El preámbulo del Convenio 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

una mujer wichi, con quien convivió en las comunidades de los territorios de Zlaqatahyi y Lhaka Honat.

Para dar un orden a esta exposición, iniciaré con una idea de lo que es la Cosmovisión indígena, creo que las palabras de Francisco Nazar Palé, al prologar el libro "La Buena Voluntad Wichi" de Palmer (2013) son las mas adecuadas para ilustrar qué es la cosmovisión indígena. En oportunidad que el prologuista relata el mito de Tokfwaya, una mujer pero también es una estrella, que bajó del cielo desde una larga escalera de Chaguar, y comenzó a amasar el barro para crear algo; nos decía Nazar Palé³ :

"Tomó el barro (la mujer Tokfwaya) en sus manos que no eran solo manos sino transmisores y hacedores de husek y, serena comenzó a amasar. No era cualquier barro el que acariciaba, ni era cualquier agua con la que hacía su greda. Sus limpios y transparentes dedos iban y venían como si fuera una ágil danza ritual. De tanto ir y venir parecía como que ella y la tierra y el barro mismo y sus colores y el cielo y la tierra se confundían y eran uno "p.XXI

45 /

En un sentido amplio entiendo que la cosmovisión indígena es una forma de ver el mundo, una forma en la cual el indígena se siente uno con la tierra, con el cielo, con los astros, con los fenómenos naturales, y que tal perspectiva del mundo se traduce en la creencia de que lo todo lo beneficie a esa unidad beneficiará al todo y todo aquello que perjudique esa unidad perjudicará al todo.

He mencionado casi unidas inescindiblemente en lo que va de este trabajo las palabras cosmovisión y cultura, es necesario mencionar que estas palabras no las utilizo como sinónimos, sino en un sentido diferente cada cual. Esbozada, aunque de una manera muy amplia,

3. Prólogo de Francisco Nazar Pale en: Palmer, John H.(2013) La buena voluntad Wichi. APCD. Las Lomitas, Formosa. p XXI.

una definición de cosmovisión, me abocaré someramente a lo que entiendo por cultura, adoptando la definición que brinda el maestro Dr. Orlando Sanchez⁴ (2009:34): *Cultura es lo que el hombre ha hecho en el tiempo y en el espacio, dentro de un contexto específico*⁵

La cosmovisión y la cultura indígenas están ligadas a la concepción de justicia de estos pueblos. Rawls (1971:15)⁶ en su libro Teoría de la Justicia señala que en las sociedades existen discusiones acerca de lo que es justo e injusto, no obstante ello, podemos decir que a pesar del desacuerdo cada uno tiene una concepción de la justicia.

Por concepción de la justicia entiendo aquellas ideas que sobre lo justo y sobre lo injusto tiene una sociedad determinada, en determinado tiempo y espacio.

La concepción de justicia indígena esta íntimamente ligada a su cosmovisión, debemos partir de la idea de que los pueblos indígenas conservan una espiritualidad que occidente ha perdido (principalmente como una consecuencia de la sociedad de consumo producto del capitalismo), para ilustrar esta idea se analizan el mito Wichi del Tio Travieso (Tokwaj), Palmer (2013:68) indica que el Tío Travieso es una sátira del individualismo, ocupa el lugar del antihéroe cultural en la literatura oral wichí, es el arquetipo del individuo no socializado cuya 'delincuencia' lo expone- a él y a los demás a riesgos.

Palmer (2013: 11) nos ilustra una de las tantas andanzas del Tio Travieso:

El pícaro tío Travieso (Tokwaj) se perjudica en una ocasión al encontrarse con los pichones de un armadillo. Por engaño logra

4. Orlando Sanchez Dr. Honoris Causa(2016) por la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL)

5. Sanchez Orlando. (2009) Rasgos Culturales Tóbas, 1° Ed. Librería La Paz. P. 34

6. Rawls John (1971) Teoría de la Justicia. 1° ed. Electrónica 2012. Fondo de Cultura Económica. p. 15

apresar a uno de los animalitos, y se lo come. Luego desea repetir. En su afán de satisfacer su apetito exagerado, cava un pozo profundo en la tierra del cual le resulta imposible salir. Lo rescata el buitre Pala Pala, pero el auxilio que este le brinda viene a ser un castigo porque reduplica las penas del viejo trámoso. Lo lleva al cielo, desde donde lo hace caer a la tierra, con el resultado de que Tio Travieso queda inamoviblemente enterrado.

La narrativa wichi del Tio Travieso (Tokwaj) está destinada a persuadir sobre las consecuencias del individualismo y el egoísmo, consecuencias que no solo afectarán al autor de la transgresión sino que caerán sobre toda la comunidad colocándola en crisis. El delincuente es considerada una persona no socializada y sus actos traerán perjuicios en toda la comunidad en la cosmovisión wichi. Palmer⁷ (2013:54) señala que: *Las crisis culturales que tienen su origen social son situaciones que hacen peligrar la vida como consecuencia de una transgresión, de las cometidas típicamente por Tio Travieso.*

En similar sentido el mito Qom de la Mujer Caníbal, (*aso álo nsoxoi*); conforme a esta narrativa contado en el Relatos Qom –Tobas⁸ (2009:81) una mujer Qom asesina y se alimenta de su esposo, este delito no solo es castigado respecto de su autora, sino también que, sufre sus consecuencias toda su comunidad:

Cuentan que antiguamente, en una comunidad Qom, había un matrimonio que tenía varios hijos menores. Un día esta pareja fue al monte a mariscar. Anduvieron mucho por el monte y no pudieron conseguir nada. Así pasaron casi todo el día al atardecer llegaron a un campo donde había

7. Palmer, John H.(2013) La buena voluntad Wichí. APCD. Las Lomitas, Formosa. p 54

8. Relatos Qom –Tobas- Madres cuidadoras de la cultura Qom –Ed. Copiar. p. 81

árboles con mucho nidos de cotorras. La mujer le pidió a su marido que le bajara algunos pichones. Tanto insistió hasta que el hombre subió a un árbol y pudo llegar hasta el nido. Metió su mano y tiró los pichones hacia abajo. La mujer los juntó y comenzó a comerlos. Su esposo se dio cuenta y preguntó ¿dónde están los pichones? Ella respondió: "Estoy guardando los pichones en mi bolsa". La mujer miró hacia arriba y tenía su boca llena de sangre. Luego ella pidió a su marido que bajara. Fue el momento oportuno para matarlo y comerlo, menos la cabeza que guardó en una bolsa. Volvió a su casa cuando oscurecía. Los pequeños la alcanzaron contentos en el camino, pero ello no dejaba que tocaran su bolsa que tocaran su bolsa porque decía que tenía pichones de cotorra. Uno de los niños insistió y pudo comprobar que el bulto era la cabeza de su padre. Corrió hacia donde estaban sus parientes a contarles lo sucedido. Solamente los hombres vinieron y querían sujetarla; pero ella tenía muchísima fuerza. Hasta que un anciano dijo que le cortaran las uñas, porque de allí venía su fuerza. Así lo hicieron, la mataron y su cuerpo fue quemado. Y sucedió que al día siguiente, en el mismo lugar, nació una planta nueva que nadie conocía. Esa planta tenía el espíritu de la mujer caníbal: podía comer a la gente por dentro. Es la planta que nuestros antepasados la llamaron Nasherec, y ahora tiene el nombre de tabaco.

También aquí, en la narrativa Qom podemos observar cómo las consecuencias del delito no solo recaen en su autor, en el caso la mujer caníbal es castigada con la pena de muerte, pero al día siguiente en el lugar de la ejecución nace una planta con el mismo espíritu de la mujer, una planta que puede ser considerada como una sanción para su comunidad, que se vé expuesta al riesgo de su consumo a ser “devorado por dentro”

Estos y muchos mitos y leyendas subsisten hasta la actualidad, fueron transmitidos a lo largo de los siglos en forma oral, son relatos que se fueron modificando y adaptando a la época. Pero el mensaje y la visión de comunidad y solidaridad (en lo bueno y en lo malo) subsisten.

Los principios de justicia de las comunidades indígenas difieren de los principios de justicia de las comunidades hegemónicas; la distribución de la riqueza y la distribución del poder son diferentes en las comunidades indígenas, donde rige principalmente la propiedad comunitaria de la tierra, Palmer (2013:162) explica que:

“su concepto de propiedad no admite la posibilidad de reclamar derechos exclusivos sobre esos recursos que a su criterio pertenecen a dueños metafísicos los seres humanos son dueños de los que producen o crían, y que, por lo tanto no pueden adueñarse de lo que existe sin intervención humana, como dicen no nos matamos por los recurso naturales (tik ohanej chi azlailanhenpe hohnat zlelei) porque no son nuestros como para pelear por ellos”

49 /

Es por ello que si partimos de presupuestos diferentes (propiedad privada vs propiedad comunitaria - individualismo vs. colectivismo), lo que Rawls denomina posición inicial o la posición original que es el statu quo inicial apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados en el contrato social sean imparciales; seguramente llegaremos a concepciones de justicia diferentes.

Creo que este es el meollo de la cuestión planteada en este trabajo, pues la visión de la equidad en la distribución de la riqueza es muy diferente en las sociedades occidentales y en las sociedades indígenas.

Conclusión:

Intuitivamente puedo decir que la concepción de justicia de los pueblos indígenas no coincide con la concepción de justicia de la sociedad hegemónica occidental, o en otras palabras los principios que conforman el sistema de justicia vigente no satisface las necesidades de justicia de los pueblos indígenas, pues para definir la concepción del sistema de justicia vigente, no se tuvo en cuenta la mirada de los pueblos indígenas, en otras palabras la sociedad hegemónica construyó todo el sistema legal de espalda a los pueblos indígenas al decir Ramírez (2015:25) *la matriz constitucional del siglo XIX que dio origen a los estados latinoamericanos (fue)-construida de espaldas a los pueblos indígenas-*; o en palabras del maestro Orando Sánchez la sociedad no indígena impuso un único modo válido y lógico del ver y vivir, y gozar de los beneficios de la “civilización” significa dejar de ser indígenas o aborígenes.

\ 50

Bibliografía

- Aftalión E. y Villanova J. (1994). Introducción al Derecho. Segunda Edición. Abeledo Perrot. Cap. 1 y 6.
- Derrida Jacques (1971). De la Gramatología. 1° ed. en español. Siglo XXI.
- Foucault Michel. (2000) Genealogía del Racismo. Altamira. Traducción: Alfredo Tzveibel.
- Foucault Michel (2007) Los Anormales. 1°ed. 4° reimp. Fondo de cultura Económica. Traducción Horacio Pons.

- Foucault Michel. Vigilar y Castigar (2014) Siglo XXI. Traducción Aurelio Garzón del Camino.
- Gelli, María Angélica. (2018). Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, tomo II, quinta edición ampliada y actualizada. La Ley. p. 223 y sgtes.
- Manili, Pablo Luis. (2017). Manual de Derechos Humanos. 1º Edición. La Ley.
- Nietzsche Friedrich Wilhelm (1887) La Genealogía de la Moral. Biblioteca Virtual Universal.
- Paz, Cesar Enrique. (2015). Normas Jurídicas y Operatividad en las 100 Reglas de Brasilia. Con-texto.
- Ramírez Silvina. (2015) Matriz Constitucional, Estado Intercultural y Derechos de los Pueblos Indígenas. Ad-Hoc.
- Recalde, María Cecilia (2020). Comentarios a nuestra Constitución Nacional. Contexto.
- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413 . 28 diciembre 2021.
- Informe de la OIT en el marco del 30 aniversario del convenio 169. Entendiendo el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169): Herramienta para jueces y operado-res del derecho, Ginebra, de la Oficina Internacional del Trabajo, 2020.
- Bravo, Paula A. Pueblos Indígenas, Facultades concurrentes y auto-determinación: un desafío del Federalismo
- Soriano González, María Luisa (2012) El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina. Universitas, Revista de filosofía, derecho y Política, n° 16, julio de 2012, ISSN 1698-7950, pp. 183-213.
- Palmer, John H.(2013) La buena voluntad Wichí. APCD. Las Lomitas, Formosa
- Sanchez Orlando. (2009) Rasgos Culturales Tobas, 1º Ed. Librería La Paz.
- Rawls John (1971) Teoría de la Justicia. 1º ed. Electrónica 2012. Fondo de Cultura Económica.

Lo que Góngora se llevo

| Argarate Ruzich, Estefanía D. |

Lo que Góngora se llevo

Por Estefanía D. Argarate Ruzich(*)¹

Sumario:

I. Introducción. — II. Estado del conocimiento — III. Desarrollo jurisprudencial local en materia de violencia. — IV. Algunos Disparadores (Problemáticas – Propuestas).- V. Palabras de cierre. — VI. Bibliografía.

53 /

Resumen:

Este trabajo tiene por fin responder al interrogante ¿Qué posturas ha asumido el Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chaco, respecto al otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba frente a casos contextualizados como violencia de género?.

Repasando en este sentido a través de una selección de fallos, analizaremos el rol de la víctima, del imputado, las garantías en

1. Información de la autora. (*) Estefanía D. Argarate Ruzich. Abogada, Escribana, Diplomada en Perspectiva de Géneros y Diversidad. Especialista en Derecho Penal UCP. Defensora Oficial Penal en la ciudad de Resistencia, Chaco. Profesora Libre en la Cátedra A, Derecho Penal Parte General UNNE.

pugna y cuales han sido las propuestas de solución de estas tensiones desde una perspectiva penal constitucional.

Palabras clave: Perspectiva de Género - Suspensión de juicio a prueba - Garantías constitucionales - Superior Tribunal de la provincia del Chaco - Discriminación contra la mujer - Instrumentos internacionales - Ultima Ratio-

I – Introducción

Con el presente artículo pretendemos realizar un análisis respecto al otorgamiento del instituto de la suspensión del juicio a prueba en casos donde se atribuyen figuras delictivas en contexto de violencia de género según la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chaco.

Como es notorio la jurisprudencia (al igual que otras fuentes del derecho) presenta la característica de ser dinámica, por esta razón además de realizar una breve evolución histórica de la misma, haremos hincapié en cuales han sido los delitos seleccionados para su contextualización y sus fundamentos.

La importancia de la temática, específicamente en lo que respecta a la violencia contra la mujer, ha cobrado real protagonismo en los últimos años, ocupando en nuestro país uno de los sitios más preocupantes de la agenda pública. Significando una mirada desde la perspectiva de Derechos Humanos, poniendo el foco en materializar al acceso a justicia y la tutela judicial efectiva para un grupo doblemente vulnerable en términos de las 100 Reglas de Brasilia, toda vez que, quien ha sido víctima de un delito, y en este caso por su género, requiere una respuesta particular por parte de los órganos estatales.

En segundo término, pero también de importancia crucial, esto es como dos caras de la misma moneda, la trascendencia de esta investigación radica, desde el punto de vista del derecho penal consti-

tucional, y tal como lo plantea SUÁREZ (2021), no todos los casos son iguales, por ende resulta equívoco e injusto aplicar una única solución y que en el caso específico de la negativa al otorgamiento de la probation se estaría lesionando el principio de *ultima ratio* del derecho penal.

Como se puede apreciar la estructura del trabajo está dividida en dos ejes, el primero de ellos se traduce en la selección, reseña y análisis de la jurisprudencia suscrita por el máximo tribunal provincial, donde se han elegido aquellos que daban cuenta de la toma de postura respecto al remedio procesal en estudio y las distintas figuras típicas vinculadas a la violencia contra la mujer.

Se busca dar cuenta de ciertos parámetros o criterios a la hora de resolver, a saber: A) Utilización corpus iuris internacional en materia de derechos de las mujeres; B) remisión al caso “Góngora” y el sentido punitivo de la Convención de Belém do Pará y C) La aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos.

El segundo de los ejes denominado “problemáticas y propuestas” examina a través de determinadas categorías (el rol de la víctima, cumplimiento ley 27.372, situación actual y futura del conflicto, sistema adversarial) para identificar los criterios utilizados a la hora de resolver la temática en estudio.

Es menester señalar que la elección de estos ejes no escapa a la vivencia personal de desenvolverme en la órbita del Ministerio Público de la Defensa, que en la provincia del Chaco tiene la particularidad, que en cabeza de los y las defensoras oficiales recae un doble rol: en oportunidades representamos los intereses de las víctimas, en otros los del acusado (ARGARATE, 2023).

Por su parte, habrá advertido el/la lector/a que el título de la presente, evoca una película del año 1939 *Lo que el viento se llevó*, intentaremos a lo largo de estas líneas explicar el porqué estableciendo un paralelo comparativo entre la trama cinematográfica y el instituto de la *probation* en delitos de género.

II. Estado del conocimiento

Entendemos sobreabundante traer aquí las conceptualizaciones referentes tanto al instituto de la suspensión del juicio a prueba (de carácter legislativo, pero que además ha generado una prolífica jurisprudencia en cuantos a sus ribetes) como también las definiciones existentes para la perspectiva y también violencia de género (remitiéndonos al corpus iuris nacional e internacional que utilizaremos para el análisis de fallos).

Si resulta de importancia mencionar que para nuestra investigación, tuvimos en consideración el fundamento de los derechos de las mujeres víctimas a la tutela judicial efectiva, al acceso a justicia y a vivir una vida libre de violencias a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de rango constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), y su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el orden normativo respecto a la erradicación de la violencia contra las mujeres, tal como lo resaltan ECHEGARAY (2021) y PAPALIA (2017) encontramos como instrumento guía la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (Convención de Belém do Pará aprobada por Ley 24632), la Ley 26485, denominada “Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos donde desarrollen sus relaciones interpersonales” que como se vera son los mas citados.

Ahora bien, si lo que nos proponemos es analizar los criterios judiciales empleados para dirimir la tensión entre el derecho de defensa en el uso de la probation y la aplicación efectiva de los derechos de las mujeres víctimas en procesos de violencia de género, debemos indagar respecto a la génesis de la negativa a aplicar el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba en los delitos de género.

Para ello debemos comenzar por el precedente “Góngora” de nuestro máximo tribunal nacional, el mismo marca un quiebre, ya

que siguiendo a PETROFF (2023) entendemos que la suspensión del juicio a prueba era una salida alternativa viable, solo analizando los presupuesto legales exigidos por el legislador, incluso si se trataba de una causa de violencia de género.

Este fallo establece en palabras de VITALE y JULIANO (2015) que por imperio del Art 7º Convención Belém Do Pará existe la obligación de investigar, sancionar y garantizar a la víctima un juicio oportuno, por tanto, toda medida que evite el juicio oral y público y la correspondiente sanción, implica un incumplimiento por parte del Estado.

Como bien señala TORTONE (2023) un fallo muy reconocido por significar uno de los primeros apartamientos de la línea de Gongora, proviene del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, “TRUCCO, del Año 2016, donde se concedió la probation considerándolo un caso aislado y por no haberse extendido su duración en el tiempo, no resultaba encuadrable en el contexto de género.

Reseñados estos precedentes, podemos adentrarnos ahora de lleno a la jurisprudencia local, la estrategia metodológica empleada fue de tipo cualitativa, como enseña SAUTU (2003) “los datos se producen a partir de unas pocas ideas y conceptos teóricos básicos generales y sustantivos, apoyados en una consistente argumentación epistemológica, los cuales se van nutriendo a medida que la investigación avanza” (p.66/67).

Para ello, procederemos a analizar un conjunto de decisiones judiciales (sentencias) preseleccionadas, con el objeto de conocer los criterios judiciales en la materia.

III. Desarrollo jurisprudencial local en materia de violencia.

Previo a desarrollar cada una de las sentencias seleccionadas, nos gustaría mencionar para este primer grupo respuestas estatales, las

ideas de PAPALIA (2017) respecto a que cuando se propugnan soluciones vinculadas a lo penal, para casos de violencia de género, se debe tener presente que el mismo sistema, lleva insito “una fuerte carga discriminatoria respecto de las mujeres”.

Como ya lo mencionamos en la introducción, más allá de señalar brevemente el tema decidendi de cada caso, utilizaremos el baremo respecto a los fundamentos específicos referidos a: A) Perspectiva de derechos humanos en materia de derechos de las mujeres; B) Cita del caso “Góngora” y el sentido punitivo de la Convención de Belém do Pará y C) Respuesta respecto a la *probation* pretendida..

Para facilitar la lectura, y brindar un sentido más didáctico y organizista, los fallos se clasificaron según el delito enrostrado.

a. Lesiones:

El primero de los fallos a reseñar en esta propuesta es “JARA, NÉSTOR FELIPE”, cuya sentencia se dictó a los ocho días del mes de mayo de 2013. Es dable destacar que en este caso los hechos tienen que ver con la violencia física ejercida contra tres personas, dos de las cuales se trataban de mujeres y una de ellas en evidente estado de gravidez.

Así recordando los compromisos internacionales asumidos por nuestro país específicamente la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres -Convención Belém do Pará-, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, Reglas de Brasilia y la ley nacional número 26.485 para erradicar la violencia contra las mujeres, es que se sentó este precedente.

Fue así que citando el fallo Góngora CSJN y compartiendo los fundamentos allí esgrimidos, se estableció que en defensa del interés público y en particular de las mujeres víctimas resultaba imprescindible el debate oral y público. Como segundo fundamento se agrega que durante el desarrollo del debate es la posibilidad que tiene la

víctima de comparecer para efectivizar justamente su acceso a justicia dentro del proceso.

b. Amenazas (en concurso real con Desobediencia Judicial):

En esta oportunidad se trata del caso caratulado: “ALFONZO FERNANDO JAVIER”, del 28 de noviembre de 2013, allí considerando que el art. 1 de la ley citada establece que “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”, las amenazas atribuidas al encartado se encuentran comprendidas por tales disposiciones.

Asimismo, se cita el fallo “Góngora, Gabriel Arnaldo”, causa Nº 14.092, 23/04/2013), además del precedente local “Incidente de Suspensión del Juicio a Prueba en autos “Jara...”, Sent. 48/13).

59 /

c. Desobediencia Judicial

En el fallo denominado S.A.R. de fecha 20 de febrero de 2014, se dijo que si bien en la pieza acusatoria, requerimiento de elevación de la causa a juicio, se imputa la conducta prevista en el artículo 239 de nuestro código penal, no es menos cierto que la desobediencia lo es a una medida de prohibición de acercamiento y acceso al domicilio de la denunciante, en el marco de un expediente por violencia familiar.

En esa inteligencia esboza el máximo tribunal que la conducta del encartado que determinara la prohibición de acercamiento y acceso al domicilio de la denunciante “se proyecta a la atribuida en autos, ya que no es más que la continuación de la anterior, ahora agravada por el incumplimiento de una orden judicial”.

Refiere además con cita en la Ley 24.632, que aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer -”Convención de Belem do Pará”-, en su art. 7,

inc. d), establece que el Estado debe “adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; y, en el inc. f), “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”.

Hace la debida mención del fallo Góngora a nivel nacional, y de Jara en el ámbito local, para rechazar el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba.

d. Daño

En este precedente caratulado *AZAS WALTER ALEJANDRO*, de fecha 04 de junio de 2015, se estableció que si bien la imputación formulada en contra del imputado se trata de un delito de los considerados contra la propiedad, del estudio del expediente surge que el acusado concurrió al domicilio de su ex concubina donde la misma reside con su hija de 9 años de edad y allí se destruyó el vidrio de una ventana y se forzó una puerta de acceso a la vivienda con el propósito de ingresar a la misma de allí que se lo vincula al **artículo 2 de la ley 24.632** y se establece que se trata de una violencia contra la mujer en su faz o **dimensión psicológica** por lo tanto tampoco es posible del beneficio de la suspensión de juicio a prueba.

Se alude nuevamente a los compromisos internacionales, específicamente a la convención de Belém do Pará y sobre todo una específica mención al fallo Góngora.

Tal como describe PETROFF (2023) este era el escenario en la provincia del Chaco, criterio que se mantuvo inmutable por diez años, hasta el advenimiento del fallo FRETE (como respuesta al recurso de Casación presentado por nuestra parte), el cual analizaremos seguidamente.

e) Lesiones calificadas por el vínculo en el contexto de violencia de género

En fecha 29 de junio de 2023, se dicta el precedente FRETE, donde se reconoce la línea de fallos en la materia, pero se aborda el conflicto planteado a la luz de la Recomendación general N° 35 de la CEDAW (que actualiza y complementa la Recomendación N° 19), especialmente *“un enfoque centrado en la víctima, reconociendo a las mujeres como titulares de derechos y promoviendo su capacidad para actuar y su autonomía, con su efectiva participación y teniendo en cuenta su particular situación”*.

Pone énfasis en que si bien la denunciante ha podido manifestarse en al menos dos oportunidades, su voluntad no ha sido tenida en cuenta, lo que significó imposibilitar la alternativa restaurativa de la suspensión del juicio a prueba.

Se valora además que los registros del sistema informático, no surgen otras causas en trámite que involucren a las partes, por lo que se estaría en presencia de un hecho único, aislado.

Todo ello pone en evidencia que no resulta posible, ni recomendable establecer una única respuesta para todos los supuestos. Abona esta tesisura que el mismo Código Penal no excluye a los delitos de género del ámbito de la aplicación de la probation. Consecuentemente el Estado no deja de cumplir con los mandatos internacionales ante el otorgamiento de la suspensión de juicio a prueba.

61 /

IV. Algunos Disparadores (Problemáticas – Propuestas).

En este punto, es dable señalar que la primera fase de esta investigación significó la elaboración del marco teórico a través del rele-

vamiento bibliográfico y normativo a fin de abordar la problemática en estudio.

En segundo lugar, comenzó la búsqueda y clasificación de las sentencias referenciadas en el acápite anterior, las cuales fueron obtenidas de la base de jurisprudencia del Poder Judicial de la provincia del Chaco (<https://www.justiciachaco.gov.ar/index.php>). Utilizando las palabras claves violencia y perspectiva de género. El estudio de los fallos nos permitió establecer algunos puntos que sirvieron de base al título de esta parte: disparadores.

A. El rol de la Víctima.

Como es conocido, hasta hace no mucho tiempo, se propugnaba a través de los sistemas procesales la denominada “expropiación del conflicto”, algo similar podemos notar que ocurre en los casos en contexto de género, el Estado ha asumido la representación de la víctima, desplazándola del proceso.

Fue recién que a través de fallos como TRUCCO -en Córdoba- o FRETE -en Chaco- las manifestaciones vertidas por la denunciante comienzan a adquirir relevancia, brindándole un lugar en el proceso (no ya como una simple testigo) sino como sujeto de derecho, merituando por ejemplo su mayoría de edad, su capacidad procesal necesaria para poder consentir o no una solución alternativa.

Esto nos debe llevar a reflexionar sobre los que PAPALIA (2017) denomina las representaciones subyacentes, desde una perspectiva de género, que no es otra cosa que estereotipos o sesgos a la hora de sentenciar por parte de jueces -técnicos (HOPP, 2023), respecto de las partes en conflicto pero especialmente en relación a las mujeres víctimas. se colige que magistrados -incluso funcionarios y litigantes- pueden ser pasibles de visiones estereotipadas (ASENSIO, 2010, PUJOL A. B. 2023, STAMILE y VILLANUEVA, 2019).

Pero pensemos además que ocurre con la ley nacional 27.372 de protección integral a víctimas, la cual reconoce derechos de carácter

procesal a través de los cuales las víctimas de delitos pueden canalizar sus necesidades y opiniones y participar de forma activa en el proceso. Estos derechos son -entre otros- son:

- c) a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente;
- d) a ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchadas;

Justamente estas garantías enumeradas, o puestas de relieve, son las que no se consideraron a la hora de rechazar el pedido de Suspensión de Juicio a prueba. Quien mejor que la misma damnificada, para dar a conocer la situación actual del conflicto ventilado a través de la puesta en marcha del aparato judicial.

63 /

B. Situación actual y futura del conflicto, sistema adversarial

Entendemos que esto es lo que ha ocurrido, durante una década, cuando de alguna manera se “automatizaron” las respuestas estatales, se desatiende tanto la situación actual en que se encuentra quien padeció la violencia, como su situación futura.

Así el aparato estatal, nuevamente erigiéndose en expropiador del conflicto, intenta imponer no una solución (peticionada y aceptada por ambas partes) sino una sanción bajo la premisa “es por tu propio bien”.

Desoir lo peticionado por los verdaderos protagonistas, es lo que CASTRO-RODRIGUES A. y SACAU A. (2012) denominan el “paternalismo judicial”, de manera más cruda lo retrata LAURENZO, (2009) El discurso de vulnerabilidad de las mujeres maltratadas conduce a su consideración como sujetos incapacitados [...] y desemboca en el efecto perverso de sustituir su voluntad por la del Estado (p. 285-286)

Última ratio del derecho penal.

Este principio implicaría que magistrados y magistradas, pero también litigantes del fuero penal abalicen la posibilidad de acudir a otras vías alternativas de resolución de los conflictos, pero siempre que aparezca como más beneficioso para el caso particular. Reiteramos lo dicho en el punto anterior, ello conlleva descartar toda implementación automática de respuestas.

Tampoco podemos perder de vista que si bien, nuestro país ha ratificado la Convención de Belém do Pará, cuyo texto dispone que deberán adoptarse todos aquellos mecanismos judiciales y alternativos con vistas a resolver tales situaciones; no es menos cierto, que en casos como TRUCCO y FRETE incluso para la misma denunciante, la realización de un juicio oral y público y / o el dictado de una sentencia condenatoria, no aparecen como la opción de mayor eficacia para resolver el conflicto entre las partes.

Creemos que el instituto de la suspensión de juicio a prueba presupone la aplicación al imputado de medidas cautelares de carácter prohibitivo (por ejemplo exclusión del hogar o la prohibición de acercamiento), por lo que no se dejarían de cumplir los mandatos internacionales que exigen la sanción de las conductas violentas contra las mujeres. Agrega DI CORLETO (2013) a esta postura “con un exigente sistema de monitoreo estatal”.

Por supuesto que existen hechos de gravedad, cuya única salida es el enjuiciamiento, sin embargo no todos los casos pueden ser captados por la misma respuesta judicial. Tal como señala SUÁREZ (2021) la negativa a aplicar la suspensión del proceso penal a prueba en los delitos de género ataca al principio de *última ratio*.

\ 64

V. Palabras de cierre

En la introducción de este trabajo, mencionamos que haríamos un paralelo comparativo entre la temática propuesta y la película *Lo que el viento se llevó*. En esta ultima, se narra una historia, que de alguna manera nos permite concluir que no resultaba imprescindible la Guerra de secesión o Guerra civil estadounidense de 1861-1865, a fin de abolir la esclavitud en el Sur de los Estados Unidos. Luego de los ejes abordados, creemos con fuerte convicción que haber intentado estandarizar una única respuesta -la sancionatoria- para el universo de casos tampoco ha logrado su cometido, resultando en un número elevado de casos tan estéril, como la guerra de la película. Si bien a nivel cinematográfico recibió críticas positivas tras su estreno en diciembre de 1939, aunque algunos la encontraron excesivamente extensa. Algo similar ocurrió con la postura de denegar este remedio alternativo cuando se daba la contextualización de género, extendiendo esta tesis por un lapso de diez años aunque en sus inicios haya recibido elogios.

El reparto fue objeto de ponderación, especialmente la protagonista femenina. En cuanto a nuestro estudio, sin embargo ha ocurrido todo lo contrario, la denuncia, mujer víctima, apenas si logró alcanzar algún rol secundario o de reparto, como mera testigo, desoyendose su voluntad, expropiandosele el conflicto, arrebatandosele toda posibilidad de participación como verdadera protagonista.

En cambio el verdadero rol protagónico, ni siquiera está dado por la otra parte, el encartado, sino que este rol quedaba reservado para los órganos judiciales y/o acusatorios.

Por fortuna, al igual que la industria cinematográfica, la jurisprudencia logra aggiornarse, captando de la realidad las demandas, y fue así que a modo de una segunda temporada, la doctrina acuñada en Gongora, deja de ser considerada la “única” respuesta posible.

“En este contexto vemos como la cuestión de género dentro de la jurisprudencia local va encontrando su lugar, para de esta manera

atender a las discriminaciones que en el pasado, pero que también en el presente se dan en el tratamiento y juzgamiento de casos” (ARGARATE, 2023b).

Se advierte entonces, que para este “estreno” jurisprudencial, se utilizan categorías para dirimir la tensión entre el derecho de defensa en el uso de la probation y la aplicación efectiva de los derechos de las mujeres víctimas en procesos de violencia de género, específicamente la recomendación 35 CEDAW, el acceso a justicia y tutela judicial efectiva de la víctima, que no es otra cosa que patentizar los derechos de la ley 27.372, especialmente su derecho a ser oída.

Logrando de este modo resignificar su rol protagónico como mujer, denunciante, sujeto de derechos, posición que le asigna el corpus iuris internacional, pero también el sistema adversarial que tanto se propugna, permitiendo vivificar el principio de *ultima ratio* del derecho penal (al utilizar la probation como remedio alternativo), que resulta a la postre una forma de conciliar los derechos de la víctima y las garantías del imputado.

\ 66

VI. Bibliografía

- ARGARATE E (2023a) Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos en la Provincia del Chaco. Cuadernos de la Defensa Pública del Chaco. Ed. Contexto.
- ARGARATE E (2023b) Pretenso Decálogo para Garantizar Perspectiva de Género incluso a Mujeres Imputadas. Revista de Derecho y Género. Ed. Contexto.
- ASENSIO, R. (2010). Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género - 1a ed. - Buenos Aires: Defensoría General de la Nación
- CASTRO-RODRIGUES A. y SACAU A. (2012). La influencia del género en las a influencia del género en las decisiones de los tribunales: del decisiones de los tribunales: del decisiones de

- los tribunales: del paternalismo judicial a los papeles familiares. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100007>
- HOPP, C. (2023). Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión. Estudio crítico sobre la aplicación de la dogmática penal a las “malas madres” - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Didot.
- Laurenzo, P. (2009). La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo. En Laurenzo P., Maqueda, M. L. y Rubio, A. (coords.), Género, violencia y derecho. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- PAPALÍA, N.J. (2017). *¿Cómo juezas y jueces resuelven los casos de violencia doméstica?: un estudio sobre el fuero penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* , Universidad de Palermo <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33533.pdf>
- PUJOL A. B. (2023). Estrategias de Defensa. Hacia un proceso penal con perspectiva de género.. Cuadernos de la Defensa Pública del Chaco. Ed. Contexto.
- TORTONE M.L. (2023), El límite que establece la perspectiva de género al beneficio de la probation, <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/27257>
- SAUTU, R. (2003). Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación. Buenos Aires: Lumiere.
- SUÁREZ A. (2021). Suspensión del proceso penal a prueba y delitos de género. La violación a los intereses de las víctimas y la necesidad de un proceso penal constitucional. <http://rdi.uncoma.edu.ar/handle/uncoma/16714>
- STAMILE, N.; VILLANUEVA, C. (2019) “Algunas reflexiones sobre el juzgamiento de la violencia contra las mujeres con perspectiva de género y los diseños procesuales penales: El caso de juicio por jurados en la provincia de Córdoba (Argentina)” en Revista IusInkarri, (8), 263-278. <https://doi.org/10.31381/ius>

El derecho como ciencia
multipragmática. Aportes a la
construcción de la teoría de la
argumentación jurídica
de Robert Alexy

| Bruquetas Correa, Emilia Daniela |

El derecho como ciencia multipragmática. Aportes a la construcción de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy

Introducción

La evolución y crecimiento del conocimiento ha llevado a una proliferación de disciplinas y especialidades, en las que la unidad del conocimiento se torna ilusoria. El cumplimiento de ciertas condiciones inherentes a su fiabilidad, comunicabilidad, desarrollo de aspectos de la lógica disciplinar, etcétera, le otorgan carácter de científico (Díaz, 2010).

Khun (1962/2004) aportó la noción de paradigma, impactando en la concepción de las disciplinas. Los define como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica” (p 13). Chalmers (2000), siguiendo al autor, expone que la idea de paradigma se inscribe en la noción de ciencia normal, entendiendo a esta última como el modo en que opera la mayor parte del tiempo, comprendiendo la actividad de resolver problemas gobernada por las reglas de un paradigma.

Los principios y normas compartidos por la comunidad, permiten la construcción del conocimiento, el cual tiene vigencia mientras los problemas de la disciplina puedan ser resueltos en el marco del paradigma. Corral y Bar (2012) reconocen la influencia de las praxis disciplinares en las praxis formativas, las que se influyen recíprocamente.

Biglan (1973) plantea que “las áreas académicas difieren en función de la existencia de un único paradigma, su preocupación por la aplicación práctica, y su interés por los sistemas de vida” (p. 204). Adopta la noción de paradigma acuñada por Khun (1962/2004) considerando que cumple funciones organizativas, permite explicaciones coherentes respecto de un fenómeno de interés de un área, y define los problemas que requieren más estudio. “Los campos que tienen un único paradigma se caracterizan por un mayor consenso sobre el contenido y el método apropiados que los campos no paradigmáticos” (Biglan, 1973, p 210).

Siguiendo a Biglan (1973), Marciales Vivas (2003) expone que las disciplinas monoparadigmáticas se presentan como más conservadoras, centrándose en la búsqueda de datos y conceptos, frente a las multiparadigmáticas que se orientan al desarrollo de habilidades cognitivas de orden superior.

Desde la clasificación general de las ciencias, en las ciencias sociales el “derecho constituye un sistema de normas” (Piaget, 1982, p. 51) dominado por los problemas de las normas. La ley, en el sentido jurídico, conforma un sistema de obligaciones y atribuciones. “Los sistemas jurídicos contemporáneos se encuentran en constante evolución; por tanto, los paradigmas tienen que ser constantemente superados y sustituidos por nuevas formas epistemológicas y de actuación. De otra manera, no podría darse el progreso científico en el derecho” (García Castillo, 2016, p. 2).

En tal sentido, los diversos paradigmas que se han ido desarrollando en el ámbito del Derecho, a lo largo de la historia, responden a cambios sociales que demandan la adopción de nuevos principios y de cambios institucionales, para que estos puedan ser receptados. El Derecho es una disciplina multiparadigmática, en la que se vivencia una verdadera coexistencia de diversas perspectivas teóricas alternativas y plausibles, que dependen de las comunidades que las sostienen.

En el presente trabajo buscamos rescatar, desde una mirada multi-paradigmática del Derecho, una breve exposición de los paradigmas positivista, interpretativo, consensual y crítico, para centrarnos en el no-positivismo de Robert Alexy. Con ello pretendemos resignificar la construcción del conocimiento en el Derecho, gracias a los diversos paradigmas existentes y destacar los aportes realizados por Alexy, a partir de la crítica y adopción de ideas de otros autores a la Teoría de la argumentación.

Estado del arte

De Franco y Solórzano (2020) conciben al paradigma como convicciones del investigador en cuanto a componentes ontológicos, axiológicos, epistemológicos y metodológicos que direccionan la manera de acceder a la generación de conocimientos científicos. Brindan una cosmovisión del mundo que permite al investigador mantenerse conectado con la realidad (Loza Ticona *et al.*, 2020).

Las creencias del investigador deben encontrarse amparadas por la comunidad científica, no pueden consistir en meras convicciones personales. Las constantes modificaciones dadas en la sociedad implican la toma de posiciones claras, críticas y analíticas, que serán útiles a los fines de comprender y describir los fenómenos estudiados, y plantear conclusiones que anexen la teoría con los conceptos y valores (Miranda Beltrán y Ortiz Bernal, 2020).

“Todos los campos científicos contienen un conjunto de supuestos y de principios, una serie de premisas implícitas que regulan aspectos fundamentales en la investigación” (Gómez-Diago, 2022, p. 182). Se comprenden preguntas de investigación, diseños de investigación, criterios respecto de lo qué se acepta como dato, junto con los estándares empleados para determinar el conocimiento válido en la disciplina. Todo ello, en el entendimiento de que la construcción del conocimiento se da en el marco de paradigmas y que éstos se vinculan al contexto en el cual se encuentran inmersos.

Señala Bustamante Alarcón (2018) que la transformación del derecho siempre ha sido abordada de manera separada respecto de los cambios sociales, por lo cual, determinados juristas las conciben como crisis del derecho. Lo que resulta erróneo, pues en realidad erigen nuevos paradigmas, constituyendo su identidad como tal. Esto nos permite colegir con Villamarín *et al.* (2020) en que, un paradigma es un modelo utilizado por teóricos, juristas o usuarios del sistema jurídico que poseen una determinada visión de la sociedad. Es decir, recepta una percepción de la sociedad, una imagen que orienta la práctica del Derecho y su aplicación. Trasunta los fallos judiciales, tanto en términos dogmáticos o históricos.

Molina-Ricaurte (2016), al indagar sobre el estatus ontológico del Derecho, plantea un estudio contextualizado del mismo, entendiéndolo como el resultado de la cultura, cuya evolución es constante. Destaca que “Los paradigmas científicos son modelos, esquemas, patrones que estructuran la manera en que los científicos hacen ciencia, de manera tal que guían su actividad, declaran qué problemas pueden investigar y los posicionan en tradiciones académicas” (Galati, 2012, como se citó en Molina-Ricaurte, 2016, p. 81). Se distancia de la noción planteada por Khun (1962/2004) en la que, para que surja un paradigma debe necesariamente producirse una ruptura con el anterior, vislumbrando así la coexistencia de diversos paradigmas.

En el Derecho, concebir desde distintos lugares a un fenómeno es crucial para captarlo y abarcarlo en su totalidad (Molina-Ricaurte, 2016). La perspectiva multiparadigmática del Derecho permite la comprensión de la realidad, la resignificación de los cambios sociales que impactan en las normas y la recepción de éstos en las instituciones.

En consonancia, Orler (2016) destaca la visión multiparadigmática del Derecho en la práctica académica. Manifiesta que, se torna indispensable revisar, de manera crítica, las construcciones teóricas del campo disciplinar del Derecho, desde la perspectiva multiparadigmática, y con ello reflexionar sobre la delimitación ontológica y las divergencias teóricas y epistemológicas.

Al referir a las escuelas iusfilosóficas y las teorías jurídicas, Mejía Quintana (2016) establece que no constituyen “inventos artificiales de filósofos, teóricos o académicos. Por el contrario, son ellos los que retoman los rasgos predominantes de su época o, incluso, interpretan las necesidades y tendencias de esta, las sistematizan y les dan una envoltura propiamente teórica” (p. 27).

Las diversas corrientes epistemológicas que fueron surgiendo a lo largo del tiempo, buscaban responder elementalmente qué es la verdad, qué es la ciencia, y cómo se produce el conocimiento. Para ello, siguiendo a Dhers (2020), es que a los fines de sostener el enfoque multiparadigmático del Derecho, es clave enunciar los diversos paradigmas predominantes en diferentes momentos históricos.

Iniciamos con el paradigma positivista, en el que uno de sus principales exponentes es Hans Kelsen. Este jurista exponía que la teoría del derecho es ajena a cualquier concepción moral, sociológica o política (Kelsen, 1934). El autor propone una teoría que simplifica la validez de las normas, desde esta perspectiva no logra teorizar sobre el Derecho ilegítimo, y no alcanza a valorar el rol que cumple la lógica en el Derecho (Roig, 2022).

Vitoria (2011) destaca que el progreso de la ciencia no tuvo lugar siguiendo al positivismo. Probablemente, ello se deba a que las ciencias histórico-hermenéuticas o sociales, entre las que se encuentra el Derecho, abrevan a la comprensión del hombre y su problemática en el contexto histórico-social, no para manipularlo o controlarlo. En tal sentido, Habermas (1996), adscribe a la idea de que estas ciencias construyen sus conocimientos basados en otro marco metodológico.

Posteriormente, señala Walker Janzen (2022) que fueron los aportes de Dilthey, Rickert y Weber, los que dan origen al paradigma interpretativo. Guamán Chacha *et al.* (2021) señalan que se “busca comprender los hechos y significados de las acciones humanas, se sustenta en lógica semántica, mientras el positivismo se sustenta en lógica matemática y formula leyes generales” (p. 163). En el marco de este paradigma, se utiliza el método comprensivo. En tal sentido, destacan Castro y Castro (2023) que autores como Windelband

(1884) y Rickert (1915), refieren al uso de la hermenéutica a los fines de la comprensión de hechos concretos y puntuales, los cuales generarán principios. Necesariamente, se debe optar por una actitud hermenéutica y fenomenológica para encontrar un sentido y comprender el contexto estudiado.

Con la Escuela de Viena, y como una vertiente del positivismo, surge el paradigma neopositivista (Lara y Chávez, 2021). Agrega Lorenzano (2011) que impacta en el mismo un giro lingüístico, donde se deja de lado el análisis de ideas o conceptos, de manera pura, como mero objeto de la ciencia, y comienzan a considerarse a su vez las expresiones lingüísticas. Distingue Valera (2021) que se comienza a anexar el pensamiento con el conocimiento de la realidad empírica. Se destacan las relaciones de justificación, la ponderación, la distinción entre validez formal y material de las normas, los casos difíciles, el discurso reconstructivo y la concepción del Derecho como práctica.

^{\ 74} Mejía Quintana (2016) destaca que, John Rawls (1996) y Jürgen Habermas (1998), plantean un paradigma consensual-discursivo, en el cual se da lugar a la “ciudadanía como factor estructural en la concepción, elaboración, ejecución y control de los procedimientos, contenidos y productos jurídicos que regulan una sociedad” (p. 48). La voluntad del pueblo se manifiesta a través de las normas, influenciado por la interacción social democrática. El derecho surge del consenso, las necesidades y enfrentamientos de las personas en sociedad, lo que conlleva una nueva conceptualización.

En 1937, con fundamento en el pragmatismo, es que Max Horkheimer propone la Teoría Crítica, que da lugar a un nuevo paradigma. El mencionado critica al positivismo y a la objetividad científica que en el mismo se plantea, y, mediante un enfoque epistémico, asume a la realidad como dialéctica para su transformación, con un enfoque inductivo-interdisciplinario (Hernández, 2019).

El autor se vió influenciado por inquietudes contemporáneas y respuestas a cuestiones políticas y sociales (Rigalli, 2023), pues consideraba que la realidad no es un conjunto de datos, sino que es la

interpretación que hace el hombre de los mismos. Aclara que no debe estimarse a la ciencia como independiente de la sociedad, sino al contrario. No presenta una teoría completa, más bien tematiza ciertos presupuestos de la teoría e impone una radicalización que la moviliza más allá de sus límites.

La influencia de las Teorías Críticas de la Escuela de Frankfurt, dio paso a la modificación de la prioridad dada a las teorías de las normas jurídicas a la recepción de las teorías de los valores jurídicos. En tal contexto, se da origen a lo que hoy conocemos como la escuela no-positivista, la cual se diferencia de los iusnaturalistas y positivistas. Desde esta perspectiva se relacionan tres elementos claves: la legalidad, la eficacia social y el contenido.

Las teorías críticas sostienen que no existe una separación, sino una conexión, considerando que existe una codependencia entre las esferas normativas de la conducta de las personas (Carrillo Salgado, 2021). Aún es más evidente la distinción entre los elementos si se retoma la tesis planteada por Robert Alexy (1997) de la doble naturaleza del Derecho o de la naturaleza dual del mismo. Ella sostiene que el derecho necesariamente comprende dos dimensiones: una dimensión real o fáctica y otra ideal o crítica.

Es por ello que, iniciaremos desde la teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy (1997), la que pretende superar las carencias del positivismo jurídico al momento de abordar los problemas de la sociedad actual y busca la elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho (Pinto Fontanillo, 2000, p. 2).

Señalan Orler y González (2021) que se debe considerar al Derecho como interpretable, pero no de cualquier manera, sino con coherencia y rigurosidad. Rescatando, nuevamente, su carácter multiparadigmático. En este artículo nos proponemos presentar la Teoría Crítica del Derecho -la escuela no-positivista-, como uno de los paradigmas existentes, en el marco de una disciplina multiparadigmática, como lo es el Derecho.

Marco teórico

Partimos de la noción de que, las diversas teorías jurídicas contemporáneas esgrimidas se adscriben o refieren a alguno de los dos modelos de mayor preponderancia, tales son el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Ambos presentan aportes de gran valía, a la vez que fuertes antagonismos de índole ontológica y epistemológica.

Esclarecidos los aportes del positivismo, como herramienta para operar dentro de la sociedad, destacamos su carácter descriptivo como teoría, sin embargo, este no reconoce al Derecho con aristas sociales, a la vez que se dejan de lado las valoraciones y otros elementos claves en el razonamiento jurídico. Valoramos, asimismo, los aportes del iusnaturalismo relacionados a la fundamentación de las exigencias en cuanto a los derechos humanos y normas morales.

A fin de organizar aspectos de los autores seleccionados, nos centraremos en carices que resultarán de interés para el tratamiento de la temática a debatir.

Destaca Nino (2014) que la teoría jurídica está sometida a diferentes exigencias según sea el punto de vista del Derecho que adopte. Así, para que la ciencia del derecho auxilie a la práctica jurídica no puede sino adoptar el mismo punto de vista interno y partir de principios autónomos de justicia y moralidad social para inferir consecuencias aplicables a cada área del derecho.

Valdez López *et al.*, (2020) plantean que Max Horkheimer y Theodor Adorno fueron quienes impulsaron la Escuela Crítica de Frankfurt. Su importancia radica en el contexto social de 1944, de posguerra, en el que surge la necesidad de identificar y destacar la cualidad humana en los estudios sociológicos.

Luego del colapso del gobierno alemán en 1945, la Filosofía del Derecho sufrió un cambio radical, lo cual produjo modificaciones fundamentales en la concepción del Derecho. Luego de 1948, finalizada la Segunda Guerra Mundial, se posibilitó la vuelta de los teóricos críticos (Rendón Rojas, 2021). La metodología se convirtió

en el centro de las preocupaciones intelectuales, y se tomó a la ciencia como una base para construir una nueva racionalidad.

La tradición jurídica-dominante, el positivismo jurídico, fue criticada hasta el punto de ser rechazada (Martín, 2023). Es así que comienza a considerarse un renacimiento del derecho natural, con el surgimiento de un intento jurídico de hacer frente al gobierno nacionalsocialista, encarando al pasado de forma jurídica.

No sólo interesaba a los juristas, pues representantes de la filosofía cuestionaban la legitimidad del derecho en la modernidad. Habermas, Norbert Hoerster y otros autores alemanes criticaron con notoria dureza tal escuela, por considerar que pervertían al Derecho desde dentro (Carrillo Salgado, 2021).

Es clave referirse a la influencia de la argumentación jurídica en la Teoría Crítica. Existen diversas perspectivas mediante las cuales puede abordarse. Desde la óptica planteada, se hace alusión a su contenido o el campo en el cual se aplica la argumentación, con miras a los aspectos normativos y la forma en la cual se justifican las decisiones tomadas por los jueces y la administración.

Refiere Marciales Vivas (2003) a la importancia que tienen los pensadores críticos. Caracterizándose como aquellos que constantemente se encuentran sometidos a patrones intelectuales diversos, reconociendo la veracidad de discursos opuestos, que piensan de manera multilógica y dialógicamente, y se atreven a criticar hasta su propio pensamiento, tomando en consideración distintos contextos en los cuales las valoraciones son formuladas. Se destacan así, sus razonamientos reflexivos y metacognitivos.

Como un referente de los pensadores críticos encontramos a Robert Alexy, quien, entre otros aportes, refiere a la relevancia de la argumentación jurídica. Recurre a Klaus Günther (1988) para adecuar el nivel de universalismo ético a la teoría, siguiendo principios de corrección en la práctica y atendiendo a cada caso. No se debe dejar de lado el contexto en que se encuentra, como tampoco debe ser totalmente dependiente del mismo.

Es un desafío comprender la importancia que tiene la argumentación jurídica. El lenguaje no siempre es claro, en términos generales, y diversos autores han intentado dar una solución ante las lagunas, contradicciones e incongruencias del sistema o la ley. Es así que Dworkin (1986) propone principios y Fuller propósitos (1964). Pero se distinguen autores que han buscado respuestas prácticas a través de otros principios, y ello es lo que será analizado a continuación.

Alexy (1997) define a la argumentación jurídica como una actividad lingüística que pretende corregir enunciados normativos adscribiéndose al discurso y la corrección de enunciados, los que operan en condiciones precisas y limitadas. Busca responder qué significa exactamente un enunciado jurídico que ha sido afirmado de cualquier modo, -mediante ley o sentencia- a través de un determinado esquema sobre los rasgos fundamentales. Agrega el autor que, para considerar una teoría consecuente con la argumentación jurídica, se deben abarcar y analizar todos los problemas de conocimiento empíricos inherentes, que permitan la resolución de estos mediante una visión interdisciplinaria.

En su obra “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica” Alexy (1997) introduce, entre otras temáticas, el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas y la valoración de la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica racional en la discusión metodológica actual. En el apartado referente a algunas teorías del discurso práctico recupera el discurso práctico de la ética analítica. Allí presenta las perspectivas de Stevenson (argumentación moral), Wittgenstein y Austin (filosofía lingüística) Hare (sobre el lenguaje y la argumentación moral) Toulmin y Baier. Seguidamente expone la teoría consensual de la verdad de Habermas, la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen, y la teoría de la argumentación de Chaim Perelman.

Señala Alexy (1997) que, los argumentos se clasifican en aquellos de interpretación semántica (se critica o demuestra que una inter-

pretación diversa es admisible en base puramente a la semántica); genética (busca determinar la interpretación en base a la voluntad del legislador); histórica (se configura un análisis tomando como base la historia que antecede al argumento); comparativa (a través de la comparación de argumentos de distinto tipo); sistemática (considera cuestiones lógicas para el análisis) y teleológica (considera argumentos genéricos, racionales y objetivos del sistema legal vigente).

Alexy (1997) realiza un bosquejo de una teoría del discurso práctico racional general. Para ello sintetiza, de manera previa, los resultados de las discusiones brindadas respecto de las teorías de los autores analizados. En lo atinente a la teoría de la argumentación jurídica, destaca el autor, el discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general, los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica y el vínculo entre el discurso jurídico y el discurso práctico general. La citada obra cuenta con un postfacio en el que da respuesta a algunos de sus críticos, y expone la concepción procedural de la corrección práctica y la tesis del caso especial.

La teoría de la argumentación jurídica comprende los conceptos de derecho y justicia. No es excluyente ni opuesta al positivismo, sino que es complementaria. Entiende Nino (1980) la importancia de analizar la validez última de la ley, del otro lado del positivismo, es decir intrínsecamente vinculada a la moral.

Theodor Viehweg (1964), Chaïm Perelman (1962), Stephen Toulmin (1958), Neil MacCormick (1978), Jürgen Habermas (1992), conjuntamente con Alexy, señalan que la teoría es construida a partir de tres cuestiones: de qué modo argumentar, de qué modo analizar la argumentación y de qué modo evaluarla. Toulmin refiere que la argumentación es una actividad regida por ciertas reglas de comportamiento lingüísticos de los actores que intervienen. Coincidente con ello, Perelman refiere a que los razonamientos jurídicos no se reducen a razonamientos lógicos-formales, pues la lógica deriva de la retórica.

En lo jurídico, es clave determinar su trascendencia, siendo que inciden en la creación de normas, la administración, etcétera. En

cuanto al rol del juez, no sólo se lo considera como un funcionario del Estado, sino como aquel que decide en el campo del Derecho, intentando reducir las posibilidades de elección y demostrando las razones por las cuales optan por tal preferencia, valorando factores humanos, sociales y normativos. Ello resulta de importancia para el abogado pues es clave para lograr la convicción del juzgador.

Si lo trasladamos a la perspectiva jurídica, son concepciones de una norma o regla que puede generalizarse si todos están de acuerdo con ella. Existen otras posibilidades de argumentación, como la posibilidad de utilizar la razón de modo práctico, deliberativo y argumentativo.

Robert Alexy, con su planteamiento abona a la tesis de la vinculación al establecer que se haya constituido por tres argumentos: “el argumento de la corrección, el argumento de la injusticia y el argumento de los principios (el primero y el tercero de ellos refutan las tesis positivistas desde un punto de vista analítico, el segundo, desde un punto de vista normativo)” (Cabra Apalategui, 2005, p. 132).

\ 80

Conclusiones

Destacamos el valor que han tenido los paradigmas en la evolución del Derecho como ciencia. Los cambios históricos, políticos, sociales y culturales, han permeado de manera constante el ámbito del Derecho. Es así que, diversos doctrinarios como Bustamante Alarcón, Molina Ricaurte, Orler y Roig, se han dado a la labor de resolver las problemáticas del Derecho desde otros horizontes, dando paso al surgimiento de nuevos paradigmas.

El Derecho como disciplina multiparadigmática, alberga diversas perspectivas teóricas alternativas y plausibles, en el marco de las comunidades doctrinarias que las sostienen. En ellas se presentan las explicitaciones de la ontología asumida, los valores que permiten elegir entre alternativas de enunciados, soluciones, leyes, teorías,

y los ejemplares compartidos por la comunidad, que se encuentran constituidos por los enigmas y sus soluciones, los que garantizan que puedan ser resueltos por el paradigma (Kuhn, 1962/2004).

Pero es a través de la Teoría Crítica, en la que se enmarcan los postulados de Alexy, que se logra una concepción que supera al positivismo y al iusnaturalismo: el no positivismo. Tomando del primero, la legitimidad de los procedimientos deliberativos, y del segundo, la defensa de los valores morales.

El análisis de la obra de Alexy (1995) nos permitió considerar la construcción de su teoría de la argumentación partiendo del discurso y de aportes de diversos autores de la Teoría Crítica, valorando de tal modo el conocimiento a partir de la coexistencia de diversos paradigmas y un enfoque interdisciplinario. El autor presenta una visión novedosa y superadora de toda concepción existente en el campo del Derecho. De esta manera, aportó de manera considerable a la perspectiva que deja de lado el carácter meramente descriptivo o dogmático que hasta tal momento se le atribuía, convirtiéndose en una ciencia auténtica, con una faceta de investigación crítica y profunda, que plantea reconstruir todo sistema normativo adaptándose a la sociedad.

Bibliografía

- Alexy, R. (1995). *Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Teoría del Discurso y Derechos Humano*. Bogotá Universidad Externado de Colombia, 61-91.
- Alexy R. (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Biglan, A. (1973). *Relationships between subject matter characteristics and the structure and output of university departments*. Journal of Applied Psychology, 57(3), 204–213. <https://doi.org/10.1037/h0034699>
- Bustamante Alarcón, R. (2018). The State of Law: Problems, Perspectives, Content and Models. *Vox Juris*, 36, 21.
- Cabra Apalategui, J. M. (2005). La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy. *Anuario de filosofía del Derecho*. N° 22. pp. 131-154. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2220957>
- Carrillo Salgado, A. F. C. (2021). *Un debate inacabado: el no-positivismo inclusivo de Robert Alexy*. UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política, (35), 145-182.
- Castro, J. A. B., & Castro, N. Q. (2023). *Ánalisis de contexto social para las ciencias de la información: experiencia pedagógica y vivencia territorial*. Encuentro de Directores y de Docentes de Escuelas de Bibliotecología y Ciencia de la Información del MERCOSUR, 1(13).
- Chalmers, A. (2000). ¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Siglo XXI de Argentina Editores.

- Corral, Nilda, & Bar, Aníbal. (2012). *Construction of Disciplinary Rationalities*. Cinta de moebio, (45), 215-234. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-554X2012000300003>
- De Franco, M. F. y Solórzano, J. L. V. (2020). *Paradigmas, enfoques y métodos de investigación: análisis teórico*. Mundo Recursivo, 3(1), 1-24.
- Dhers, P. (2020). *Psicopedagogía en la complejidad*. Hologramática, 32(1), 101-131.
- Díaz, E. (2010). *Metodología de las ciencias sociales*. - 4a. reimpr. Biblos.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Fuller, L. (1964). *The Morality of Law*, 1^a ed., New Haven Yale University Press
- García García, D. A. (2017). *Ánalisis crítico de la teoría del discurso jurídico racional de Robert Alexy*. Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- García Castillo, Z. (2016). *Los paradigmas jurídicos frente a la convergencia de otras ciencias en el quehacer judicial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado vol.49 no.145. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000100002
- Gomez-Diago, Gloria. *Tipologías de paradigmas en la investigación en comunicación. Una propuesta de clasificación*. Revista de Comunicación [online]. 2022, vol.21, n.1
- Guamán Chacha, K. A., Hernández Ramos, E. L., & Lloay Sánchez, S. I. (2021). *El proyecto de investigación: la metodología de la investigación científica o jurídica*. Revista Conrado, 17(81), 163-168.
- Günther, K (1988) *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp.
- Habermas, J. (1992). *La reconstrucción del materialismo histórico*. Editorial Taurus
- Habermas, J. (1996). *Zur Logik der Sozialwissenschaften*. Fráncfort del Meno, Suhrkamp.

- Hernández, M. (2019). *Reflexiones Sobre Los Enfoques Epistemológicos. Desde El Análisis De Las Obras De Carnap, R.; Martínez, M. Y Horkheimer*. Huellas Rurales, 4(4).
- Horkheimer, M. (2000). *Teoría tradicional y Teoría Crítica*. Trad. José Luis López y López de Lizaga. Barcelona.
- Kelsen, H. (1934). *Pure Theory of Law, The-Its Method and Fundamental Concepts*. LQ Rev., 50, 474.
- Kremer-Marietti, A. (1989). *El positivismo* (Vol. 42). Publicaciones Cruz O., SA.
- Kuhn, T. (1962/2004). La estructura de las revoluciones científicas. (8^a Reimpresión). Fondo de Cultura Económica.
- Lara, A. M., & Chávez, C. D. (2021). *Fundamentos epistemológicos del Realismo jurídico: Empirismo, Neopositivismo y actos de habla*. Iuris Dictio, (28), 13-13
- Leyva, G., (1999). *Max Horkheimer y los orígenes de la Teoría Crítica*. Sociológica, 14(40), 65-87.
- \ 84 Lorenzano, C. (2011). *El lenguaje de la ciencia*. Arbor, 187(747), 15-24.
- Loza Ticona, R. M., Mamani Condori, J. L., Mariaca Mamani, J. S., & Yanqui Santos, F. E. (2020). Paradigma sociocrítico en investigación. *PsiqueMag*, 9(2), 30-39. <https://doi.org/10.18050/psique-mag.v9i2.2656>
- Martín, C. J. B. (2023). Crítica del positivismo jurídico de Hans Kelsen y otros enfoques que le son cercanos. *La Razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales*, (59), 226-243.
- Mac Cormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press, Oxford.
- Marciales Vivas, G. P. (2003). *Pensamiento crítico: diferencias en estudiantes universitarios en el tipo de creencias, estrategias e inferencia en la lectura crítica de textos*. Tesis doctoral. Facultad de Educación. Universidad Complutense de Madrid.

- Mejía Quintana, O. (2016). *Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública*. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS).
- Mejía Quintana, O. (2002). *Tribunal Constitucional, desobediencia Civil y Democracia Deliberativa. Republicanismo Contemporáneo: Igualdad, Democracia Deliberativa y Ciudadanía*. Bogotá: Siglo del Hombre. Pág. 144.
- Miranda Beltrán, S., & Ortiz Bernal, J. A. (2020). *Los paradigmas de la investigación: un acercamiento teórico para reflexionar desde el campo de la investigación educativa*. RIDE. Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo, 11(21).
- Molina-Ricaurte, C. J., (2016) “*Los paradigmas del Derecho y los modelos de la física*”, en *Dikaion*, 25, 1, pp. 75-99. DOI: 10.5294/dika.2016.25.1.4
- Nino, C. S. (1980). *Dworkin and Legal Positivism*. Mind, 89(356), 519-543.
- Nino, C. S. (2014). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Editorial Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.
- Orler, J. (2016). *La articulación docencia-investigación en el campo del Derecho: Un estudio en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP y en la Facultad de Derecho UBA*.
- Orler, J., & González, M. G. (2021). *Investigación y métodos de investigación socio-jurídicos: aproximaciones*. Libros de Cátedra.
- Perelman, C. (1962). “*Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe*”, APD- Archives de Philosophie du Droit, Sirey.
- Piaget, J., Mackenzie, W., Lazarsfeld, P. (1982). *Tendencias de la investigación en las Ciencias Sociales*. Editorial Alianza.
- Pinto Fontanillo, J. A. (2000) *La Teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid.
- Rendón Rojas, M. Á. (2021). *Una epistemología dialéctica para el análisis de la ciencia*. Palabra clave, 10(2), 121-121.

- Rigalli, L. (2023). *Max Horkheimer y su Teoría Crítica en movimiento: las figuraciones sobre el futuro, la agencia del intelectual y la modernidad*. Anuario de la Escuela de Historia, (38), 8.
- Rodríguez, C (1997). *Teoría del Derecho y decisión judicial en torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin*. En *La decisión Judicial. El debate Hart – Dworkin*. Siglo del Hombre editores. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes.
- Roig, F. J. A. (2022, January). *Aporías y paradigmas en Kelsen: La interpretación de Ferrajoli*. In *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Vol. 56, pp. 55-69).
- Toulmin, S. (1958). *The uses of argument*. Cambridge University Press.
- Valdez López, O. E., Romero Rodríguez, L. M., & Hernando Gómez, Á. (2020). *Revisitando la Escuela de Frankfurt: aportes a la crítica de la mercantilización de los medios*. Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina, 8(1).
- Valera, S. E. S. (2021). *Filosofía y lenguaje*. Escritura Creativa, 2(1).
- Velázquez, H. J. F. (2021). *Ciencia, ética y política: una crítica ético-política a la concepción heredada desde la complejidad y el pensamiento decolonial*. Universidad San Pablo T. Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura; IESPYC; 10; 7-2021; 120-145.
- Villamarín, S. M. G., Moncayo, J. C. N., & Borbor, A. M. C. (2020). La seguridad jurídica y los paradigmas del estado constitucional de derechos. *Universidad y Sociedad*, 12(S (1)), 346-355.
- Vitoria, M. Á. (2011). Las aperturas de la razón científica. Del cierre positivista a la sensibilidad actual. *Pensamiento y Cultura*, 14(1), 49-62.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y Jurisprudencia*. Taurus Ediciones, S. A.
- Walker Janzen, W. (2022). *Una síntesis crítica mínima de las portaciones de los paradigmas interpretativo y sociocrítico a la investigación educacional*. Enfoques, 34(2), 13-33.

Transporte público. Una mirada federal sobre las asimetrías entre nación y provincias

| Calvano, Hugo |

Transporte público. Una mirada federal sobre las asimetrías entre nación y provincias.

Introducción

En Argentina, los subsidios estatales destinados al financiamiento del transporte público se acentuaron tras el impacto de la crisis del año 2001. Así, paulatinamente, se destinaron fondos a este sector para evitar que el aumento tarifario excesivo afectase el funcionamiento del servicio (Ferro, 2021). En principio, se conformó el Fondo Fiduciario del Sistema de Infraestructura del Transporte (FFSIT) que devino en constantes ampliaciones de fondos y subsidios nacionales: Tasa Impuesto al GASOIL, Recaudación Banco de la Nación Argentina (BNA) y Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), Emisión Deuda del BNA, Aportes del Tesoro Nacional y Transferencias específicas (Castro y Szenkman, 2012). Así, se generó un complejo laberinto denominado sistema de financiamiento del transporte público (Castro y Szenkman, 2007).

En la actualidad, el esquema de contribuciones al FFSIT transferidas por el Estado Nacional se extendió con las nuevas compensaciones establecidas. Por un lado, las destinadas al interior son: Atributo Social, fondo de compensación al transporte público de pasajeros por automotor urbano y fondo COVID. Además, para el AMBA se agregan otros subsidios: Boleto Integrado – Red SUBE, Comisiones

SUBE, GASOIL a precio diferencial. De acuerdo a la Resolución 178 (2023) del Ministerio de Transporte de la Nación (MTN) los cálculos del régimen de compensaciones tarifarias se realizan considerando los gastos totales que enfrentan las empresas oferentes y la recaudación de los boletos. Por tanto, la diferencia entre ambos montos (costos-recaudación) corresponde a la compensación requerida (subsidio del Estado a las empresas).

En este marco, la problemática de investigación se refiere a la asimetría en la distribución de subsidios nacionales entre las distintas jurisdicciones del Estado Federal Argentino. Sobre todo, se puntualiza en la concentración de fondos destinados al Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). En el periodo 2002-2010 el AMBA percibía alrededor del 70% del total de fondos transferidos en el área (Barbero et al., 2011). Este escenario se profundiza sucesivamente hasta los años más recientes del siglo XXI de acuerdo a los últimos informes del MTN (2019, 2020 y 2021). Por ejemplo, en el 2021 las compensaciones entre AMBA e interior contrastan con una diferencia de \$20.676.383.065,48 a favor de la primera. En otras palabras, solamente una jurisdicción redobla los subsidios percibidos en comparación de lo destinado a las 23 unidades subnacionales del país.

De este modo, la asimetría distributiva del sistema de subsidios impacta directamente en el precio que abonan los pasajeros en las distintas regiones de Argentina. En definitiva, el interior al recibir menos compensaciones que el AMBA se ve sometido a mayores esfuerzos financieros para solventar el funcionamiento del transporte de pasajeros en sus jurisdicciones (Bertero et al., 2023). Es así que, el estudio de esta problemática es relevante debido a que el transporte de pasajeros se conforma como un servicio vital para la movilidad de la población en su vida cotidiana. De esta forma, se entiende que la movilidad se encuentra vinculada a la realización de las actividades diarias de las personas y al desarrollo integral en todos sus aspectos constitutivos (Jiménez, 1996, en Jiménez et al., 2010).

El sistema vigente afecta directamente a los ciudadanos del interior del país por la fuerte desigualdad en el precio de los boletos vigentes. Más aún, en aquellas provincias que reciben menos subsidios por parte de la nación en comparación a otras. Por consiguiente, esta situación problemática incide en la capacidad de solvencia financiera de la movilidad de los pasajeros. Entonces, el costo destinado al transporte se constituye como un obstáculo para acceder al servicio en lugar de contribuir al desarrollo y calidad de vida de las personas (en lo educativo, laboral, social, cultural y recreativo).

De esta forma, se comprende que la problemática de la investigación se encuentra inmersa en un conflicto que es aún más profundo y de raíz histórica en el devenir de Argentina: centralismo versus descentralización. Desde la perspectiva de subsidios al transporte público, se manifiesta claramente que se sigue concentrando los recursos prioritariamente a un sector del país en detrimento distributivo del resto. “Argentina es un país federal con profundas asimetrías regionales que han perdurado, y en algunos casos se han profundizado, con el correr de las décadas” (González y Loda, s.f., p. 2). Entonces, se afirma que las asimetrías distributivas de los subsidios al transporte público no son compatibles con el Estado Federal. En este orden, el actual sistema de distribución de subsidios de transporte no es compatible con los principios de la Constitución Nacional (1994) que manda a velar por la igualdad de oportunidades para el desarrollo en todo el territorio.

Es así que, primeramente, en el trabajo de investigación se conceptualizará a la movilidad en perspectiva del servicio de transporte de pasajeros. Sobre todo, se considerará que el acceso a la movilidad propicia el ejercicio de los derechos de las personas para su realización integral (Hernández, 2012; Herce, 2000; Theiler et al., 2019). A raíz de esta imprescindible utilidad de valor social, resulta primordial su tratamiento en la agenda pública en perspectiva de garantizar su funcionamiento (Theiler et al., 2019). Ya que, en caso contrario, los intereses privados ante la falta de control público hacen prevalecer

sus intereses corporativos (Aidar, 2013). Por lo que, en segundo lugar, se comprenderá al transporte público en tanto servicio relevante que demanda la participación estatal como un área de política pública (Santiago Benítez, 2005).

De esta forma, en el trabajo de investigación se procederá a analizar la evolución histórica del sistema de financiamiento del transporte público en Argentina. De esta manera, para comprender la asimétrica distributiva de los subsidios estatales será necesario exponer las políticas públicas de transporte del Estado Nacional Argentino ejecutadas en las últimas décadas. Para lo cual, se realizará el estudio del marco normativo que regula el sistema de subsidios. En este sentido, se considerará que las transferencias intergubernamentales son un importante componente en la configuración federal del país. En consecuencia, la perspectiva federalista implicará la comprensión de Argentina como un Estado compuesto por 23 provincias y la capital del país en donde todos los ciudadanos deberían tener los mismos derechos.

91 /

Estado del conocimiento

Desde un análisis institucional, BARBERO Y BERTRANOU (2015) sostienen que el transporte es un sector tan relevante como complejo en cuanto a normas, entidades y actores que brindan soporte a su funcionamiento. De esta forma, en su obra *Una asignatura pendiente. Estado, instituciones y política en el sistema de Transporte* estiman que existe una carencia en el estudio integral en la materia. En el mismo, afirman que el transporte es un área de política pública con profundas problemáticas suscitadas por la ausencia de una política sectorial y por la presencia de debilitadas capacidades estatales. Así, el transporte forma parte de los desafíos y retos que se heredan de la crisis de principios del siglo XXI que reclama la atención de la agenda pública para superar el estancamiento y la desorganización en el sector.

En definitiva, los autores mencionados, realizan una caracterización de la evolución histórica del sector transporte en Argentina. En especial, analizan las instituciones y la dinámica política que intervienen para la prestación del servicio. En este sentido, se hace hincapié en el marco regulatorio que rigen en el funcionamiento del servicio. Así como también, describen la red de actores que participan y operan en área. Por un lado, se erige el Estado desde el rol de la planificación, la organización y la coordinación de sus instituciones. Por otra parte, se despliegan aquellos vinculados al sector: sindicatos, empresas oferentes y proveedores de bienes-servicios que influyen con sus orientaciones, capacidades y comportamientos.

Por último, proponen orientaciones para una futura agenda de cambio en el sector transporte de Argentina. En este orden, el énfasis se encuentra la necesidad urgente de coordinación e integralidad del transporte con otras políticas públicas del nivel nacional y subnacional. En donde, el esfuerzo debe provenir del Estado como regulador del sector en perspectiva de cimentar la institucionalidad a través del diseño de las reglas del juego que deben mejorar la calidad, equidad y eficiencia. Es por ello, que se habla de fortalecimiento de capacidad estatales porque en las políticas sectoriales se debe gestionar el diálogo-tensión con los distintos actores para arribar a consensos. Asimismo, para superar intereses e ideologías disruptivas del funcionamiento colectivo eficaz y funcional a las necesidades sociales.

Asimismo, en un trabajo posterior, BARBERO Y BERTRANOU (2019) profundizan en descripción y análisis de la evolución reciente en la Argentina del transporte. De esta forma, en *Las políticas de transporte en la Argentina. Los años de la posconvertibilidad. 2002-2015* continúan con una propuesta de estudio integral del sistema que incluye los distintos modos (tierra, agua, aire), ámbitos (urbano, interurbanos e internacionales) y de pasajeros y cargas. Por tanto, es una contribución que aporta una macro-visión de las políticas públicas superadora de la perspectiva subsectorial fragmentada. En este sentido, estiman que es problemático la ausencia de abordaje

académico sobre la movilidad como espacio interrelacionado de producción de conocimientos con distintos enfoques.

En este caso, la obra pretende formar parte del establecimiento de una red de intercambios con el objeto de consolidar consensos y alternativas para la mejora sustancial de los servicios de transporte. A fin de cuentas, los autores consideran que esto es un aspecto clave para que un sector de política pública funcione de manera más adecuada. De este modo, el libro dedica primeramente un espacio para la exposición de cada uno de los subsectores. Así como a la movilidad urbana, la evolución modal, los cambios institucionales y el impacto del incremento de los subsidios. A continuación, se analizan los consumos e impactos de transporte, la organización institucional y su estructura de financiamiento. Para, finalmente, destacar los hallazgos y formular los desafíos generales que requieren ser incluidos en la agenda pública.

Por su parte, en ÁLZAGA (2015) la *Vinculación entre planificación y presupuesto del transporte en Argentina* se constituye en el eje central para mejorar la asignación de los recursos estatales. A partir de lo cual, considera que sería más propicio para la ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas. Más aún, se vería favorecido la integración de medidas a corto, mediano y largo plazo debido a que uno de los grandes retos es la gestión efectiva de la articulación en este binomio. En cuanto al transporte en particular, sostiene que esta es una gran falencia que requiere ser solucionada para mejorar la operatividad de los planes sectoriales.

Desde ese punto de partida, el autor realiza un estudio documental-normativo acerca de las principales características de los procesos de planificación y presupuesto en Argentina. En donde, rescata que la Nación no dispone de un sistema formal de planes y tampoco se encuentra articulado con el proceso presupuestario. Así, realiza un estudio pormenorizado de los organismos pertinentes al sector en el Presupuesto Nacional, de las técnicas presupuestarias para la Administración Nacional y para las Empresas Públicas. Del mismo modo,

profundiza en el Plan Nacional de Inversión Pública y la Ley de Presupuesto. En este marco, concluye que es fundamental el accionar por parte de los agentes que forman parte del proceso de elaboración del presupuesto vinculado a la planificación. Por tanto, resulta esencial el fortalecimiento de este proceso con la consideración de las jurisdicciones, organismos y empresas públicas del transporte.

Por lo que se refiere a la perspectiva federal, se puede mencionar a BENHREND (2012) con *Democratización Subnacional: algunas preguntas teóricas*. En especial, la problemática que se releva es la preocupación creciente por la calidad de los régímenes democráticos en América Latina, Europa oriental y otras partes del mundo occidental. En efecto, se estima que existe una naturaleza espacialmente despareja en este tipo de sistema de gobierno cuyas jurisdicciones acceden de forma muy dispar e incluso contradictoria al efectivo ejercicio de derechos.

Así, en un análisis teórico-cualitativo indaga acerca del puente entre presupuesto y democratización subnacional. Y, respecto de la discusión sobre el rol que juegan las relaciones intergubernamentales y el federalismo fiscal para explicar el ritmo dispar al interior del Estado. De este modo, la autora concluye que es necesario incorporar el aspecto subnacional al análisis de la democracia para obtener un panorama más complejo del régimen político nacional. Justamente, porque una de las condiciones de la democratización presupone que todos los ciudadanos gozan de los mismos derechos a lo largo y ancho del territorio nacional.

En cuanto al estudio puntual de los subsidios al transporte público, resulta esencial considerar a CASTRO Y SZENKMAN (2012). Es así que en *El ABC de los subsidios al transporte* exponen el crecimiento explosivo de este financiamiento al sector en el período de estudio 2003-2010. Más aún, enuncian la problemática relativa a la inequidad distributiva e ineficiencia del servicio que demandan contemplar alternativas para que estos aportes beneficien realmente a los segmentos de la población que más lo necesitan. Es así que, realizan

una presentación de la evolución de los subsidios al transporte de pasajeros en Argentina con hincapié en FFSIT.

En esta línea, los autores mencionados concluyen que la salida del laberinto de los subsidios es compleja ante la necesidad de modificar el sistema de subsidios a la oferta hacia uno dirigido a la demanda. En este orden, la distribución geográfica de los subsidies manifiesta una fuerte concentración en el AMBA con alrededor del 70% del total destinado al sector. Por tanto, existe una inequitativa distribución geográfica que benefician en mayor medida a esta población en detrimento de las jurisdicciones de menor ingreso. Asimismo, la presencia de fondos no quiere decir que exactamente que el servicio sea eficiente ni de calidad. Esto se debe a que los subsidios no están condicionados: en un contexto de deterioro del marco regulatorio las empresas prestatarias tienen escasos incentivos para mejorar el servicio. Por consiguiente, es crucial normalizar los marcos regulatorios para revertir esta situación.

En el mismo sentido, desde un estudio más actual, se debe señalar a BERTERO, AGUILAR Y QUAGLIA (2023) con *Asimetrías del federalismo: el caso del Transporte Público de Pasajeros*. En el marco del Centro de Estudios e Investigaciones para el Desarrollo, se elabora este informe sobre los subsidios y transferencias al transporte de pasajeros realizados por el Estado Nacional. Así, se analiza el peso relativo de estos fondos públicos en perspectiva del presupuesto nacional, su participación en el déficit fiscal y el Producto Bruto Interno. En efecto, concluye que existe una la prevalencia de concentración de la distribución de las transferencias AMBA que genera una fuerte asimetría en términos de federalismo.

En especial, el estudio abarca al año 2022 en el cual los subsidios destinados al AMBA alcanzaron el 87% del total de las transferencias al sector para una jurisdicción que representa aproximadamente el 30% del total país. Por lo refiere puntualmente a los colectivos, en el mismo año el 77,8% de los subsidios se dirigieron al AMBA mientras que sólo el 21,7% se repartió entre todas las provincias.

En este escenario, los autores profundizan en el hecho de que la desigualdad distributiva impacta directamente en el precio de los pasajes de colectivos que cobra cada ciudad. En suma, para mantener en funcionamiento el servicio, las jurisdicciones que perciben menos recursos públicos poseen los boletos más caros del país. Para ilustrar la situación, se presenta comparativamente los precios de boleto en mayo del 2023 en donde se concluye que:

El boleto de colectivos de la ciudad de Córdoba y Santa Fe en mayo de 2023 es de \$99. Es un 108% superior al del AMBA, cuyo valor es de \$47,5. En el caso de la ciudad de Jujuy, el boleto es un 73% más caro; mientras que en ciudades como Mar del Plata y Neuquén la diferencia del precio del boleto es del 151% y 173%, respectivamente (Bertero et al., 2023, p. 2).

\ 96 En más, en consideración de los kilómetros recorridos, que es uno de los criterios para el cálculo de régimen de compensación, la inequidad se acentúa. En este aspecto, el costo del boleto interurbano en el interior del país es 7 veces más caro que en el AMBA. A continuación, se puede exemplificar con los precios del viaje en mayo del 2023:

De González Catán, partido de la Matanza, a la Boca, en la Ciudad de Buenos Aires, hay una distancia de 35 km, y el valor del boleto es de \$58. El trayecto Córdoba - Alta Gracia, de 37 km, tiene un costo de \$400, mientras que el viaje Santa Fe - Laguna Paiva, de 43 km, es de \$540, y Jujuy - Perico, con 37 km recorridos, es de \$270 (Bertero et al., 2023, p. 2).

Marco teórico

En este orden, se considera pertinente profundizar en Nino (2003) con *Introducción al Análisis del Derecho* debido a que parte de la idea de la omnipresencia del derecho en la vida en sociedad como comunidad organizada. En concreto, el autor otorga al derecho funciones características análogas a las instituciones sociales, entendidas como artífices de contribuir a la superación de circunstancias problemáticas vinculadas justamente a la convivencia en sociedad. Ya que ésta se encuentra atravesada por necesidades, intereses y deseos que llevan a los individuos a entrar en conflicto uno con otros.

Del mismo modo, el autor considera que la vida en relación con otras personas incluye no solamente el enfrentamiento o choque de individualidades, sino también la búsqueda de la cooperación. Esto es, para consensuar y solucionar los enfrentamientos o reducir los posibles daños y consecuencias que puedan devenir de ellos. En esta línea, se define al derecho como cause de resolución o prevención de ciertas problemáticas sociales y como institución que proporciona ciertos medios que permitan la cooperación social. Así, se expresa que el derecho lleva a cabo tales funciones a través de la interacción de elementos para lograr persuadir el comportamiento de las personas: la autoridad y la coacción.

Por consiguiente, en el derecho se establecen mecanismos, instituciones y órganos revestidos de facultades para determinar directivas generales de las conductas humanas esperadas y para resolver las desviaciones en caso de no cumplirse. Ahora bien, cabe decir que Nino (2003) asume una perspectiva en donde el derecho no se trata de una aplicación mecánica. Por lo que, existe expresamente una índole moral y política, tanto en las directivas como en la toma de decisiones jurídicas. En otras palabras, que aquellas medidas adoptadas se fundamentan en principios valorativos específicos a la sociedad que le otorga legitimidad.

Por tanto, en la obra citada, se analiza y discute las teorías y enfoques de diversos autores y corrientes de pensamiento en el ámbito jurídico. De esta manera, se presenta una interpretación del derecho en consonancia o discusión de distintas vertientes y posicionamientos doctrinarios. Así, por un lado, se discute críticamente la teoría pura del derecho de Kelsen, que sostiene que el derecho es un sistema cerrado y autónomo, separado de la moral y la política.

Al mismo tiempo, Nino (2003) se basa en la teoría de la justicia de Gustav Radbruch, cuestiona el positivismo jurídico y argumenta que el derecho debe estar en consonancia con los valores y principios morales de la sociedad. Por otro lado, se inspira en la teoría del derecho de Ronald Dworkin y afirma que el derecho no es una cuestión meramente técnica, sino que tiene una dimensión moral y política. Más aún, analiza la teoría de la justicia de John Rawls, que sostiene que la justicia debe ser entendida como equidad y que el derecho debe garantizar un trato justo e imparcial para todos los individuos.

De esta forma, los aspectos expuestos de la teoría de Nino (2003) se estiman fundamentales para realización del marco teórico de la investigación. En concreto, porque se considera la perspectiva polisémica del autor sobre el derecho, que contiene tanto una dimensión social, normativa, moral como política. En definitiva, la problemática de las asimetrías de financiamiento del transporte público refleja una distribución inequitativa respecto de las provincias. Tal estado de situación se entiende que forma parte de un sistema de financiamiento basado en políticas públicas y, en tanto, son decisiones tomadas desde la administración política del Estado.

Por tanto, en esta problemática confluye un marco normativo atravesado por decisiones políticas de regulación de un sistema de financiamiento del transporte público. Por lo que, la legislación se sanciona basándose en criterios que no son ajenos a la política, a los intereses de los actores nacionales e incluso el rentismo subnacional. Lo cual se refleja en elevados desequilibrios fiscales verticales, esto es, las transferencias nacionales como porcentaje del total de los recursos fiscales

subnacionales. Dado que, la mayor parte de los impuestos son recaudados por el gobierno federal, el cual toma una parte para su propio financiamiento y distribuye el resto entre las provincias.

Así, la inequidad presupuestaria se encuentra en la concentración de fondos destinados a Buenos Aires en contraste con lo que reciben las demás provincias. Por consiguiente, existe una clara diferenciación distributiva subnacional que perjudica a los ciudadanos del interior del país. En efecto, se puede percibir que no tienen lugar un trato justo e imparcial para todos los ciudadanos argentinos tal como Nino (2003) expresa sobre el derecho a la luz de la teoría de la justicia de John Rawls. Ni tampoco existe un derecho netamente objetivo ni puramente técnico, sino que posee un entramado profundamente político, en referencia a la teoría del derecho de Ronald Dworkin. En consecuencia, la teoría integral del derecho del autor será fundamental para comprender que la toma de decisiones normativas se inscribe en una realidad social y política específica de una sociedad.

En este marco, se llevará a cabo una investigación documental-bibliográfica (Stake, 1998). Por un lado, consistirá en la revisión teórica-analítica desde el escenario general de estudio de políticas públicas del sector transporte hacia la especificación del servicio de pasajeros. En donde, el hincapié se encuentra en la exposición del sistema de financiamiento en referencia a la planificación sectorial y el marco normativo regulatorio. En orden a lo señalado, este estudio de tipo exploratorio y descriptivo se basará en un diseño de investigación con técnicas cualitativas-documentales. Esto quiere decir, la recolección de información sin un cotejo numérico para, de este modo, revelar o ajustar variadas preguntas de investigación que pudieron (o no) probar la hipótesis en su largo proceso de interpretación.

Asimismo, se realizará la recopilación y análisis de documentos e informes oficiales y publicaciones de portales provinciales y nacionales sobre la materia. Así, la investigación se conformará a partir de la revisión bibliográfica y del marco normativo nacional de subsidios al transporte público. Por lo que, se realizará una investigación tanto

doctrinario como jurisprudencial. Con lo cual, también será precisa la metodología de la hermenéutica jurídica, que se entiende como el arte de comprender. Es decir, la interpretación normativa a través del razonamiento, de los criterios de argumentación y de la manera en que se interpretan para su aplicación (Zaffaroni, 2002).

Bibliografía

- ÁLZAGA, E. (2015). *Vinculación entre planificación y presupuesto del transporte en Argentina*. Instituto del Transporte . Universidad Nacional de San Martín.
- Barbero, J. (2011). *Un transporte para la equidad y el crecimiento. Aportes para una estrategia nacional de movilidad y logística para la Argentina del Bicentenario*. CIPPEC.
- Barbero, J. y Bertranou, J. (2015). *Una asignatura pendiente. Estado, instituciones y política en el sistema de Transporte*. Instituto del Transporte . Universidad Nacional de San Martín.
- Barbero, J. y Bertranou, J. (2019). *Las políticas de transporte en la Argentina: los años de la posconvertibilidad: 2002-2015*. Biblos.
- Barbero, J., Castro, L., Abad, J. & Szenkman, P. (2011) *Un transporte para la equidad y el crecimiento. Aportes para una estrategia nacional de movilidad y logística para la Argentina del Bicentenario* (Documento de Trabajo N°79). CIPPEC programa de integración global y desarrollo productivo área de desarrollo económico <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/2152.pdf>
- Behrend, J. (2012). Democratización subnacional: algunas preguntas teóricas. *Revista de Reflexión y Análisis Político*, 17(2), pp. 11-34.

- Bertero, D. Aguilar, N. y Quaglia, N. (2023). *Asimetrías del federalismo: el caso del Transporte Público de Pasajeros*. Centro de Estudios e Investigaciones para el Desarrollo.
- Bertranou, J. (2019). (Des)organización estatal y política pública en argentina. desarrollo conceptual y análisis del transporte ferroviario. *POSTData*, 1, pp. 35-75. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96012019000100011
- Castro, Lucio y Szenkman, Paula (2012). *El ABC de los subsidios al transporte*. Documento de Políticas Públicas/Análisis N°102. Buenos Aires: CIPPEC. <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/2157.pdf>
- Herce Vallejo, M. (2000). *Instrumentos de transformación del espacio urbano; presencia y operatividad en América Latina*. [Conferencia presentada en Quito].
- Herce Vallejo, M. (2009). *Sobre el derecho a la movilidad urbana y al espacio público*. Editorial Café de las ciudades.
- Hernández, D. (2012). Activos y estructuras de oportunidades de movilidad. Una propuesta analítica para el estudio de la accesibilidad por transporte público, el bienestar y la equidad. *EURE. Revista Latinoamericana de Estudios Urbanos Regionales*, 38 (115). Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Jiménez J., Vallejo Álvarez, A., Hoyos Martínez, J. E. de, Sánchez Arellano, L. I. (2010). Transporte y Movilidad en el marco de la sustentabilidad y competitividad de la ciudad posmoderna. *Universidad Autónoma del Estado de México*, 12(1), pp. 70-76,
- Ministerio de Transporte (2020). *Informe subsidios al Transporte Automotor de Pasajeros*. <https://servicios.transporte.gob.ar/compensaciones/descargar.php?id=2977>
- Ministerio de Transporte (2021). *Informe subsidios al Transporte Automotor de Pasajeros*. <https://servicios.transporte.gob.ar/compensaciones/descargar.php?id=3069>
- Nino, C. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho*. Editorial Astrea. *pública de transporte masivo de pasajeros. Villa María, un estudio de caso*. Universidad Nacional de Villa María.

Infanticidio – una figura típica ausente de nuestra normativa penal. La necesidad de su reincorporación. -

| Erguy, Clarivel |

Infanticidio – una figura típica ausente de nuestra normativa penal. La necesidad de su reincorporación. -

Introducción.

El delito de Infanticidio, entendido como la conducta de la madre que, hallándose bajo la influencia del estado puerperal mata a su hijo recién nacido, es una figura jurídica atípica en nuestro derecho penal desde 1995, año a partir del cual rige la Ley 24.410, sancionada el 30/11/1994. El tipo derogado respondía al denominado “sistema mixto” de regulación de esta figura, el cual contenía dos elementos de muy diferente naturaleza; por un lado un criterio biológico (el estado puerperal) y por el otro un elemento que tampoco provenía del Derecho, sino de la moral: la honra de la mujer que cometía el hecho. Así, el delito era descripto como aquel cometido por una mujer “hallándose bajo la influencia del estado puerperal y para ocultar su deshonra.”¹. Ambas condiciones no se integraban en idéntico grado de valoración toda vez que en razón del origen de la figura (el Derecho Penal Español) la preeminencia valorativa la tenía “la moral u honra” de la madre, mientras el elemento biológico tenía escasa, por no decir nula, influencia. Siguiendo esta línea conceptual el legislador de 1994 demostró una total indiferencia por la plata-

103 /

1. Texto del derogado Art. 82 Cód. Penal Argentino.

forma fáctica que constituye en realidad el elemento determinante de la comisión del hecho delictivo: el estado puerperal; por lo cual no sólo no debatió la cuestión con la seriedad que la misma merecía sino que, como puede verse de los diarios de sesiones que refieren al tema, limitó la casi inexistente discusión parlamentaria al “factor honra” sobre el cual afirmó que “...evidentemente la forma en como la sociedad capturaba los valores honra y honor en el año 1921 no era la misma que al momento del tratamiento de la supresión (año 1994)”², como consecuencia de lo cual quedaría como único fundamento de la reforma derogatoria el criterio referido a que en el año 1994 la “honra” y el “honor” carecían de la importancia necesaria para fundar un tipo atenuado de homicidio.

Si bien se trata de un delito de no muy frecuente producción, el hecho no carece de relevancia social ni jurídica, como lo demuestran las discusiones que se producen en los diferentes ámbitos cuando uno de estos hechos sucede³. Por otra parte este tipo de delito tiene lugar en determinados ámbitos socioeconómicos culturales caracterizados por el desamparo, la marginalidad, la pobreza y la vulnerabilidad de las mujeres que lo cometan, subyaciendo en muchas ocasiones al mismo el delito de abuso sexual que no ha sido denunciado, pero que operará como factor traumático desencadenante del futuro Infanticidio.

Desde el punto de vista jurídico la carencia de previsión típica de un hecho social con relevancia delictiva tan importante determina asimismo el interés académico que sustenta el desarrollo de una in-

2. Diario de Sesiones correspondiente al tratamiento en ambas Cámaras de la Ley 24.410, tomado de la Exposición del miembro informante de la Cámara Alta, el Senador Augusto Alasino.

3. CSJN “Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado” Causa N° 29/05C. T. 228. XLIII. RECURSO DE HECHO. Sentencia del 8 de Abril de 2008.

vestigación tendiente a la restauración de la figura derogada, con la finalidad no sólo de cubrir una laguna típica sino también, y más esencialmente, responder a la búsqueda de justicia al permitir que la conducta de la autora (una mujer en el sentido biológico descriptivo del concepto), se interprete desde una perspectiva acorde con normativa internacional de rango constitucional, V.Gr. la Convención de Belém do Pará; asegurándole de esta forma la posibilidad de hacer valer su derecho de acceso a la justicia de forma sin prejuicio de discriminación por sexo, raza, edad o religión (Maldonado Mérida, 2.022, p.1); (CEPAL- Comisión Económica para América Latina y El Caribe).

Este delito presenta, desde el punto de vista de nuestra normativa penal vigente en Argentina, la particularidad de que al hacer ya casi treinta años que la figura fue derogada no existen trabajos doctrinarios o dogmáticos nuevos o recientes, mientras que desde el punto de vista del Derecho Comparado las legislaciones que lo tienen incorporado ya no lo analizan toda vez que consideran el tema definido y claramente establecido.

Es por ello que en el presente trabajo abordaremos, en primer término el Estado del Conocimiento, para lo cual haremos un breve repaso del desarrollo de la figura a través del tiempo, mediante el análisis de la evolución histórico/normativa del mismo hasta llegar al Derecho Comparado vigente, lo cual permitirá acceder a las distintas concepciones del delito de Infanticidio, evidenciadas por los sistemas que tipifican al mismo actualmente: latino tradicional, helvético y mixto, indicando la perspectiva teórica de cada uno. Este análisis nos permitirá formular algunas conclusiones.

Asimismo abordaremos el Marco Teórico, indicando cuál es la teoría sustantiva del Derecho Penal que consideramos permite receptar la figura del Infanticidio en nuestro Derecho Penal. Pero como estamos haciendo referencia a un proceso de investigación a desarrollarse con la finalidad de verificar nuestra hipótesis de la necesaria reincorporación de dicha figura a nuestro Derecho Penal, haremos

referencia a la Metodología que consideramos aplicable, así como una breve mención de las fuentes de investigación que utilizaríamos.

Estado del conocimiento.

El delito de Infanticidio presenta características únicas, en ambos sujetos: activo y pasivo. En primer lugar sólo puede ser cometido por una mujer en el sentido biológico, cromosómico y genital de la palabra; encontrándose la misma en una etapa psicobiológica y hormonalmente determinada: el estado puerperal. Respecto al sujeto pasivo, el delito se comete también sobre un único posible sujeto: el propio hijo de la mujer que lo comete; y en una etapa específica: durante su nacimiento, o bien, y ligado a la realidad de la autora, mientras ésta se encuentra bajo la influencia del estado puerperal. Como puede verse la *causa essendi* o *ratio existendi* de este tipo de delito, no es el honor, ni la honra, así como ningún otro tipo de valoración moral o social, sino sencillamente un dato de la biología, lo cual lo hace absolutamente incontrolable e indisponible por el ser humano, y que por su parte el Derecho no puede ignorar dadas las graves consecuencias que el mismo tiene.

Se trata del único delito contra la vida que precisa, para ser ajustado a la realidad que el Derecho Penal pretende regular, reconocer en el tipo en cuestión un elemento proveniente de una rama del conocimiento humano ajeno al Derecho. Podría decirse que el Art. 34 inc.1 del Código Penal incorpora determinadas situaciones de naturaleza psicológica al establecer el tipo de exclusión de culpabilidad, pero la naturaleza psicológico/biológica/hormonal por la que atraviesa la madre infanticida, no guarda relación alguna con la alienación del tipo del inciso mencionado. Y esta afirmación provine de datos de la Ciencia Forense: la madre infanticida no es una alienada, en los términos exigidos por el Art. 34 inc.1 CP sino una mujer que atraviesa un estado mental transitorio incompleto de corta duración

que generalmente representa un estado crepuscular (Bonnet, 1980, p.p.1226-1286).

Una vez establecido el criterio médico forense que debe regir este punto, resulta necesario recordar algunos antecedentes.

Así, el Infanticidio, entendido como la muerte dada al recién nacido, pero no sólo por su madre (es decir con un sujeto activo considerado en un sentido más amplio que el del tipo penal actualmente definido), fue muy común en civilizaciones del mundo greco latino⁴ y esencialmente por razones de eugenios; mientras que otros pueblos, por ejemplo los amorreos (o amorritas), lo hacían con finalidad religiosa: como ofrenda a sus dioses.⁵ Más allá de la razón que lo motivara, este tipo de homicidio ha acompañado a la humanidad desde tiempos inmemoriales, si bien nunca fue legislado en la etapa histórica anterior a la era cristiana, toda vez que el niño no era objeto de protección jurídica alguna (Argibay Molina, 1968, p.8).

En el año 418 d. C. el emperador Valentiniano declaró a este delito como crimen capital asimilándolo al parricidio⁶. Esta grave calificación encontraba su fundamento en los principios del por entonces naciente cristianismo, que había llegado a ser declarado religión lícita

4. En la sociedad espartana los niños eran presentados ante un concejo de ancianos y los enfermos, débiles o deformes eran arrojados por su propio padre desde lo alto del Monte Taigeto, o bien abandonados en un hoyo en la tierra para que murieran de hambre. En Roma era el *pater familiae* quien luego de verificar el estado del niño, decidía si éste vivía o moría. Por su parte Platón y Aristóteles consideraban que la muerte provocada de este tipo de niños era necesaria a fin de dedicar la debida atención a los más sanos.

5. Este pueblo de origen semita y de mención bíblica reiterada, habitó en la región de la Mesopotamia (entre los ríos Éufrates y Tigris) a partir del tercer milenio a. C. y tributaba a sus dioses, Amurru el principal, niños recién nacidos.

6. Pasible de la aplicación de lo que la ley romana denominaba *poena cullei* (pena del saco): una forma de ejecutar la pena de muerte reservada para quienes hubieran asesinado a sus padres.

y libre por el emperador Constantino en el año 313. Con lo cual pensadores como Agustín de Hipona⁷, sostenían que el Infanticidio debía ser severamente castigado ya que era un pecado por cuanto impedía a los niños asesinados “alcanzar la salvación”. La perspectiva teórica (o el fundamento filosófico) de esta postura se encontraba en los valores religiosos cristianos.

Los siglos transcurrieron y durante el absolutismo el Infanticidio seguía siendo considerado delito pasible de severísimas penas, sin que pudiera definirse si se penaba el homicidio del infante o el pecado de lujuria que, se suponía había cometido su madre, y que la misma quería ocultar (Castex, 2008, p.44). La concepción religiosa como fundamento o perspectiva teórica, había dejado en este tiempo paso a los principios morales.

En el siglo XVIII Cesare Beccaria se rebeló contra lo que consideraba una excesiva punición para las mujeres que “se encontraban entre la infamia o la muerte de un ser incapaz de sentir sus males” (Beccaria, 2006, p.110); puede hallarse la perspectiva teórica de este pensamiento en “los principios humanitario-utilitaristas que, procedentes del Enciclopedismo francés y de la última fase iluminista, transformaron radicalmente los supuestos fundamentales de la justicia punitiva tradicional” (Stampa Braun, 1952, p.48).

Asimismo, en el mismo siglo y en el siguiente, autores alemanes y franceses mencionan por primera vez referencias sistematizadas sobre casos de locura puerperal, con lo cual introducen el que consideramos es el elemento fundamental del delito: el estado puerperal.

Es justamente por la obra de tres autores contemporáneos entre sí: el ya mencionado Cesare Beccaria⁸, Jeremy Bentham⁹ y Gian Doménico

7. También conocido como “san Agustín”, teólogo cristiano (354-430), es considerado uno de los cuatro padres de la Iglesia latina.

8. Italia (Milán), 1738-1794.

9. Inglaterra (Londres), 1748-1832.

Romagnosi¹⁰, quienes buscando una humanización del Derecho Penal plantearon serias objeciones a la severa punición que el mismo tenía en general. La perspectiva teórica de estos autores se relaciona directamente con el criterio de culpabilidad que sosténían: basados en el espíritu de la Enciclopedia y en los principios emanados de la Revolución Francesa y sus consecuencias directas: la muerte del *ancien régime* y la Declaración de los Derechos del Hombre, entendían que debían sustituirse los ordenamientos vigentes por otros en los que se valorara la culpabilidad del agente desde la perspectiva de que todo juicio sobre las conductas humanas se debe realizar teniendo en cuenta la personalidad del agente, aplicando la proporcionalidad entre la severidad de las sanciones y la magnitud del delito; entendían que solamente así el derecho del Estado a castigar tendría legitimidad; tema no menor éste si se tiene en cuenta que bajo el absolutismo el concepto de “legitimidad” respondía sólo y únicamente a la voluntad del rey. Este cambio de paradigma determinó la secularización definitiva del Derecho Penal con lo cual los poderosos fundamentos religiosos/moralistas que habían considerado al Infanticidio como un delito agravado, comenzaron a caer.

Debe destacarse aquí una cuestión sumamente interesante: el único elemento que para estos pensadores determinaba la sanción penal estaba directamente relacionado con la “*causa honoris*”, nunca con el componente biológico psicológico, dado que estos conceptos eran absolutamente desconocidos en la época. De allí que los argumentos que los tres reformadores mencionados esgrimían se referían, en más o menos similares términos, a la menor culpabilidad de la mujer por haber dado muerte a su hijo hallándose en “estado de desesperación” para ocultar su deshonor, deshonor o el producto de su supuesto desliz.

Resulta evidente que la mayor o menor culpabilidad siempre recaía sobre la mujer y guardaba directa relación con un tema de índole

10. Italia (Salsomaggiore), 1761-1835.

moral: el honor, la honra, valores altamente subjetivos, variables, discriminatorios y por ende imposibles de servir como parámetros válidos de juzgamiento; situación ésta que mueve a preguntarse ¿cómo se medía objetivamente la honra o el honor de una mujer?; ¿qué pasaba con aquellas desdichadas cuya vida marginal y de pobreza no las “calificaba suficientemente” para ser “honradas” u “honrables”? Como puede verse el paradigma subjetivo impuesto por la religión y la moral que la misma sustentaba, aún con ropajes nuevos, seguía vigente.

Pero todo comenzaría a cambiar a partir del siglo XIX y en las naciones germanas: Austria, Prusia y Baviera.

Hasta comienzos del citado siglo en Alemania la legislación establecía como presunción de la comisión del delito de Infanticidio la conducta de la madre de haber ocultado su embarazo; la ley preveía la decapitación como pena infamante para las madres infanticidas, pena que se aplicaba también en el Estado Prusiano y en el de Baviera. En el año 1803 el código austríaco derogó la pena de muerte para este delito; lo mismo hicieron posteriormente los códigos de Baviera, en 1813 y España en 1822.

Así esta tendencia orientada al tratamiento más benigno, introdujo en la legislación distintas variantes justificatorias del trato privilegiado que se comenzó a dar a este tipo de delito. Ejemplo de ello es el mencionado Código Español que en 1822 si bien consideraba comprendido al infanticidio en el delito de “parricidio” le otorgaba un tratamiento privilegiado.

Actualmente los sistemas legislativos de regulación de la figura del Infanticidio responden a tres criterios, a saber y por orden de surgimiento histórico: a) sistema latino tradicional o conocido también como “de la motivación”; se sustenta en la denominada *causa honoris*, y su fuente es el Código Español de 1822, ya mencionado. Las legislaciones que se encuadran en este sistema fundan la atenuación en la protección del “honor” sobre la base de una supuesta “honestidad sexual de la madre”, entendida ésta como la ausencia de relaciones sexuales socialmente desvaloradas e identificable asimismo con la

reputación sexual adecuada. b) sistema helvético: llamado también “de la alteración fisicopatológica”, encuentra su fuente histórica en el Art.108 del Anteproyecto de Código Penal Suizo de 1916, permaneciendo en el Proyecto de 1918 y reflejado en el Art. 116 del Código Penal Suizo de 1937. En la concepción de este Sistema el elemento central del tipo está dado por el momento en que se produce el hecho delictivo y la condición de la madre: “durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal”, la perspectiva teórica responde a una neta orientación biologicista. c) sistema mixto: presenta elementos tanto del sistema latino, (causa honoris, de la motivación), como del helvético (de la alteración fisiopatológica, estado puerperal), y es el que contenía el Proyecto Tejedor, base del Código Penal Argentino y que, con derogaciones y restablecimientos, rigió en nuestro país hasta la desaparición de la figura en el año 1994 con la Ley 24.410..

En sentido estricto puede decirse que en realidad existen sólo dos sistemas de naturaleza jurídica y basados en perspectivas teóricas diferentes, y que podrían denominarse “puros”: el latino tradicional y el helvético, cuyas bases teóricas refieren asimismo a dos parámetros muy diferentes: en el primero el sustento de la atenuante radica en resguardar un valor social, subjetivo, mutable, proveniente del ámbito de la moral; mientras en el segundo el fundamento proviene de las ciencias biológicas, más puntualmente las ciencias médicas, reflejando un sustento más objetivo al referirse a criterios científicos ya que si bien la Medicina (y sus diferentes ramas) no se considera una ciencia exacta sí es una praxis fundada en la ciencia.

Ahora bien, la tendencia actual de la mayoría de los Códigos Penales de Latinoamérica incluye en sus textos la regulación del infanticidio dentro del sistema latino tradicional con su característica *causa honoris*. Sin embargo algunos países tiene sistemas que podrían calificarse como *sui generis*, tal el caso de Colombia para el cual la causa o móvil es la “repulsión moral” de la madre hacia el hijo por ser éste fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida. Otro caso es el Código Penal Guatemalteco que si

bien pareciera responder al sistema mixto incluye la figura del infanticidio en la categoría del homicidio simple, y el móvil circunstancial denota un espectro más amplio de posibilidades orientado más hacia un estado puerperal, aunque expresamente no lo indique. Brasil por su parte legisla esta figura bajo el sistema helvético más puro.

En Latinoamérica contemplan este delito las legislaciones de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Cuba, Paraguay, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Perú, Uruguay, Venezuela y Panamá. Cada una con su formulación particular de la norma correspondiente. Los únicos países de Latinoamérica que junto a Argentina no tienen previsto este delito son Haití, Nicaragua y República Dominicana.

En lo que respecta a la legislación europea resulta interesante analizar, brevemente, tres legislaciones: la española, la alemana y la de la *Commonwealth*.

En España a partir del año 1995 y mediante la derogación del Art. 410 del Código Penal la figura atenuada desapareció, no obstante según surge de las disposiciones de la parte general del mismo el supuesto encuadraría en las atenuantes incompletas del Inc. 1 del Art. 21, así como también en el de “arrebato” del Inc. 3 del mismo artículo, figuras éstas a las que podría agregarse la circunstancia mixta de parentesco del Art. 23. Es decir que queda librada al arbitrio del juzgador la elaboración de la citada integración de normas con la finalidad de la aplicación de la atenuante.

En Alemania la sexta Ley de Reforma del Derecho Penal del año 1998 derogó el delito de Infanticidio como figura atenuada autónoma. La supresión del tipo se fundó en que este tipo penal jugaba un papel muy secundario en la praxis del Derecho Penal, ya que carecía de actualidad; no obstante se dejó en claro que la excepcional situación psíquica en que se encuentra la madre que mata a su hijo inmediatamente después del nacimiento podría encuadrarse en el “Caso leve de homicidio” previsto por el Art. 213 del mismo Código. Encontrándonos aquí nuevamente con la facultad atribuida al

intérprete jurisdiccional de considerar la procedencia, o no , de tal situación psíquica.

Ambas legislaciones respondían, antes de la derogación citada, al sistema de la *causa honoris*.

Por último el Derecho de la *Commonwealth* resulta sumamente interesante de analizar porque sin adherir a ninguno de los tres sistemas de legislación que mencionáramos presenta una interesante evolución en la normativa sobre el Infanticidio. En la actualidad, a partir *Homicide Act* del año 1967, el sistema reconoce un acercamiento al sistema helvético toda vez que al insertarse el *Abortion Act* resulta factible introducir la temática de la imputabilidad disminuida al tenerse en cuenta si en el tiempo en que la mujer comete el injusto, su mente se hallaba perturbada por el hecho de dar a luz o bajo circunstancias consecuentes al nacimiento.

La evolución histórica de la incorporación de este delito en el derecho inglés resulta sumamente interesante. La introducción de la misma se dio por primera vez en 1623 bajo el reinado del primero de los reyes Estuardo, Jacobo I de Inglaterra VI de Escocia; y se produjo mediante un Estatuto que creaba un nuevo delito y un nuevo delincuente dentro del derecho inglés. Según esta norma la muerte de un bebé bastardo por mano de su propia madre se convertía en un delito castigado con la muerte. El punto central de esta normativa consistía en que había de presumirse la culpabilidad de la madre si el bebé moría, y era ella quien debía mostrar las pruebas de su inocencia. La presunción de culpabilidad era muy poco frecuente entonces en el derecho anglosajón, introduciéndose con esta norma la figura de la madre soltera como asesina y culpable; nótese aquí el marcado sesgo moralista que imputaba, *jure et de iure*, a una mujer por su estado civil. En 1803 se reformó el mencionado Estatuto y el Infanticidio fue equiparado al homicidio, no obstante, y a la inversa de la situación anterior, la madre era considerada inocente a menos que se probara su culpa y en el caso de lograrse éxito en la prueba, el jurado podía otorgar un veredicto de “ocultamiento de nacimiento”, lo que

conllevaba una pena máxima de dos años de prisión. El *Infanticide Act* de 1938 amplió los criterios médicos y psicológicos y con ellos el plazo dentro del cual se consideraba que se había cometido el delito bajo los efectos del ese estado puerperal (aun cuando no mencionaba ni definía dicho “estado”), de forma tal que la mujer que causara la muerte de su bebé de hasta 12 meses, era considerada culpable homicidio culposo (*manslaughter*). Así la extrema severidad del Estatuto originario de 1623 fue morigerándose con el tiempo; ante lo cual cabe recordar que los reyes Estuardos eran de extracción fuertemente católica por lo cual la normativa respondía a las mismas perspectivas teóricas, basadas en parámetros morales de fuerte cuño religioso, que sostenían en España el sistema de la causa honoris.¹¹

Conclusión.

\ 114 Resulta evidente que la alegada insuficiencia de las razones de naturaleza moral que sustentan el sistema de la *causa honoris* carecen hoy de actualidad y aplicabilidad, en parte por haber cambiado, en general, los parámetros y sistemas de valor referidos a la “honorabilidad” de la mujer. Pero también es cierto que si analizamos el tipo penal de la misma forma en que se analizan los hechos históricos, esto es contextualizándonos en la época en que se produjeron, comprobaremos que dicha causa nunca revistió las condiciones de objetividad necesarias para integrar un tipo penal. Se trata de una causa que carece la necesaria validación científica necesaria para dar la seguridad jurídica que toda norma aspira a contener. En tal sentido tipo mixto

11. Jorge III, el tercer monarca británico de la Casa Hannover, reinaba en 1803; era de religión protestante ya que presidía la Iglesia de Inglaterra; tal vez allí pueda encontrarse el sustancial cambio de perspectiva teórico religiosa que sustentaron los cambios.

contenía, en realidad, una fórmula inaplicable por exclusión interna de sus componentes: si se hacía prevalecer el honor se ignoraba (y de hecho era lo que se hacía) la realidad biológica subyacente al estado puerperal; por otra parte si se tenía en cuenta éste último el elemento del honor pierde sentido y aplicabilidad. La norma penal debe tener, en la medida de lo posible, un sólido componente objetivo, por lo cual los criterios basados en parámetros tan cambiantes y subjetivos como el “honor”, la “moral” y las “buenas costumbres”, por dar sólo ejemplos en el mismo sentido, si bien resultan respetables y deben ser tenidos muy en cuenta en otros ámbitos, en el Derecho Penal (y en el derecho en general, bueno es destacarlo) sólo dan lugar a inequidades e injusticias. Por otra parte la derogación total del tipo penal de los Códigos no resulta la solución adecuada a una situación que sigue, y de hecho seguirá, produciéndose cual es el Infanticio: el Derecho Penal debe dar una respuesta a esta situación que determina la existencia de una auténtica laguna axiológica en esta rama del derecho; y debe hacerlo desde una Política Criminal que contemple un tipo penal basado en parámetros científicos objetivos, los cuales se encuentran en la definición médico forense del estado puerperal.

115 /

Marco teórico

La teoría Funcionalista Moderada de Claus Roxin, si bien conserva la tradicional concepción del delito como “acto típico, antijurídico y culpable”, tiene la finalidad de vincular el Derecho Penal con la realidad a fin de volverlo eficiente para la tarea que se le atribuye, que no es otra que la defensa de la sociedad. La idea central del Funcionalismo de Roxin es que el Derecho Penal deje de ser un sistema cerrado e incorpore los aportes de la Política Criminal y otras ramas auxiliares, los avances de la Criminología y demás disciplinas vinculadas con el delito; por lo cual su teoría presenta una fuerte elasticidad para

adaptarse a los cambiantes objetivos de la Política Criminal, por lo cual entiende que “Los problemas político criminales forman parte de la teoría general del delito.” (Bodero,2006, p.2).

Si bien Roxin reconoce que la culpabilidad del individuo enfrenta una gama de valores, para valorarlas más efectivamente considera en su teoría los aportes de la nueva Criminología y la Psiquiatría; entiende que el imputado internaliza una compleja serie de valores y definiciones que no pueden ser ignoradas por el Derecho Penal al estructurar un concepto de delito y establecer las penas, por lo cual las mismas deben regirse por el criterio político criminal de la necesidad de la pena, una vez verificada la vinculación culpable del sujeto, la dogmática debe analizar si merece una pena, por cuanto si le hubiese sido imposible evitar la comisión del injusto, carecería de sentido castigarlo.

Ahora bien, una vez aclarado lo precedente cabe indicar la razón de la adhesión a la Teoría Funcionalista Moderada de Claus Roxin como la más factible para constituir el Marco Teórico del trabajo de investigación que debe realizarse en torno al tema del Infanticidio y su normativización. Ésto se relaciona con dos de los puntos centrales de la teoría mencionada: la recepción en el ámbito del Derecho Penal de otras ramas auxiliares, como lo es en el presente caso, de la Medicina Forense y la Psicología, y la necesidad de recurrir a los mismos al momento de verificar la vinculación culpable del sujeto con el hecho cometido con la finalidad de determinar si cabe la aplicación de una pena, por cuanto en el caso de no poder establecerse dicha relación vinculante por no haber podido la madre infanticida evitar la comisión del hecho, y siempre bajo los parámetros establecidos por la Teoría de Roxin, no tendría sentido castigarla. Ahora bien, no es el objetivo de la investigación que la madre infanticida resulte excluida de su culpabilidad, pero sí que se tenga en cuenta el particular estado puerperal que presenta al momento del hecho como elemento determinante de su conducta, y que a partir de ello se comprenda que no tiene sentido castigar de la misma forma que se lo hace con quienes

han buscado cometer el homicidio a alguien que no ha podido evitar la comisión el injusto.

Asimismo deben considerarse otros parámetros que subyacen siempre a este tipo de delito, tales como la posible comisión de un delito sexual sobre la madre infanticida, su situación de vulnerabilidad social, económica, familiar.

Ahora bien debe también quedar muy en claro que no toda mujer por encontrarse atravesando el estado puerperal (común a toda mujer que ha parido) y que mata a su hijo deba ser pasible de la aplicación de la atenuante, no se trata de consagrar una suerte de carta de indemnidad sino todo lo contrario, para lo cual deben corroborarse todos los parámetros médico forenses que acrediten la presencia de una alteración del juicio y, sobre todo, contar con una norma jurídica clara y precisa que regule la situación.

Respecto de la Metodología que consideramos aplicable debe destacarse que al tratarse de una investigación cualitativa y en razón del enfoque normativo que tendría la investigación, la misma deberá ser esencialmente de tipo documental.

En tal sentido y con relación a las fuentes, en primer lugar deberá realizarse la búsqueda y recopilación de material de lectura: libros, ensayos, artículos, legislaciones, actas del Congreso de la Nación confeccionadas en oportunidad de discutirse la derogación de la figura del infanticidio, alguna jurisprudencia, sobre todo de los años anteriores a la derogación de la figura; trabajos que se hayan realizado con el mismo objeto o finalidad de la investigación, en este último punto con el objetivo de verificar la originalidad del planteo de la misma.

Tendrá que recopilarse también material relacionado con las Ciencias Médico Forenses (tanatología del recién nacido; estado de alteración psico psiquiátrico de la madre al momento del hecho; determinación de la causa de muerte; sobre vida del neonato separado de la madre), con el objetivo de demostrar científicamente que el estado puerperal produce una alteración psicológica que puede

resultar determinante de la comisión del delito. Todo este material tiene finalidad instrumental a fin de poder demostrar y hacer verificable el aspecto fáctico del fenómeno biopsicológico subyacente al delito de Infanticidio. Son datos no numéricos destinados a exponer y explicitar conceptos, criterios científicos y legislativos.

Como se indicara inicialmente y en razón de la naturaleza de la investigación (netamente documental) no estarían previstas dentro de las herramientas de investigación el trabajo de campo, tampoco las entrevistas ni la recolección de datos estadísticos, constituyendo además, una investigación de tipo no experimental.

Bibliografía

\ 118

ARGIBAY MOLINA, José F. "Problemas Jurídicos del delito de Infanticidio"- Relación leída en las Cuartas Jornadas Medicolegales y Criminológicas, llevadas a cabo los días 12 al 16 de agosto de 1968. organizadas por la Sociedad de Ciencias Criminales y Medicina Legal de Tucumán.

BECCARIA, Cesare. "De los delitos y las penas". Ediciones Libertador. Notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente. Buenos Aires; 2005.

BODERO, Edmundo René. "El Post- Finalismo, Sublimación de la Política Criminal y el Control Social". En <http://www.revistajuridicaonline.com> -2006/10.

CASTEX, Mariano N. "Estado Puerperal e Infanticidio. Implicancias médico legales y psiquiátrico forenses"- Medicina y Psiquiatría Forense . VI. Edit. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2008.

MALDONADO MÉRIDA, Teresa Magnolia. “Acceso a la justicia”. Comisión Económica para América y El Caribe (CEPAL), en <http://www.cepal.org> files 10_tmaldonado.

ROXIN, Claus. “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”; traducción e introducción de Francisco Muños Conde. Edit. Hammurabi – J.L. de Palma-Editor. Buenos Aires, 2006.

STAMPA BRAUN, José M. “Las corrientes humanitaristas del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como ‘delictum exceptum’” - Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, T. 6, 1953, págs. 47-78

Nuevas formas de adquisición del derecho real de dominio para el acceso a una vivienda adecuada

| Gapel Redcozub, Guillermo |

Nuevas formas de adquisición del derecho real de dominio para el acceso a una vivienda adecuada

1. Introducción

Las rígidas exigencias que impone el ordenamiento jurídico para la adquisición del derecho real de dominio sobre inmuebles, sumado a factores socioeconómicos como las altas tasas de desempleo, bajos salarios, elevados precios de la tierra, ausencia de créditos de largo plazo y escasa oferta de vivienda de interés social, y a las prácticas negociales inmobiliarias que históricamente se agotan en la celebración de boletos de compraventa, entre otros elementos, generan elevados niveles de informalidad dominial en el país.

121 /

Esta informalidad dominial, entendida como una situación en la que el ocupante del inmueble carece de un título -documento- que acredite fehacientemente la existencia y alcance de su derecho de dominio, provoca numerosos efectos negativos que repercuten sobre la calidad de vida de las familias: ocasionan inseguridad en la posesión y lesionan el derecho a la vivienda, el derecho de propiedad y el derecho al acceso a una tutela judicial efectiva.

Las estadísticas relevadas en el Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda (2010) permiten sostener que el fenómeno es particularmente grave en el Nordeste: la informalidad se halla en el orden del 39 % para la Provincia de Corrientes, del 45 % para la Provincia

del Chaco, del 52 % para Misiones y del 56 % para Formosa. Todos estos valores se sitúan por encima de la media nacional, que es del 35 %, y superan largamente a los de las jurisdicciones de mayores ingresos, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde es del 22 % (Goldfarb, Gapel Redcozub y otros, 2021, p. 11).

Ante este preocupante escenario el ordenamiento jurídico ofrece un conjunto amplio de herramientas de regularización, las que abarcan desde las expropiaciones del derecho público hasta los procesos de escrituración y los juicios de usucapión veinteañales del derecho privado. Este abanico de alternativas no parecen ser suficientes para hacer frente a una problemática que continúa creciendo día a día y volviéndose más acuciante, principalmente, para los sectores vulnerables (Gapel Redcozub y Ramírez Castañeda, 2021, p. 18).

El fenómeno de la informalidad requiere ser repensado desde la interrelación entre nuevas visiones del derecho de propiedad, en particular cuando éste tiene por objeto el bien “vivienda”, y la identificación de la urgente necesidad de protección de grupos especialmente desventajados, con la finalidad de producir institutos jurídicos que contribuyan eficazmente a reducir los niveles de informalidad.

Por ello, la propuesta de investigación se traza como objetivo el de diseñar una nueva forma de adquisición del derecho real de dominio, que resulte especialmente aplicable en materia de acceso a la vivienda y para los sectores más vulnerables de la población.

En esta tarea, el estudio de las usucapiones especiales que son uso generalizado en el derecho latinoamericano, como la figura de la usucapión colectiva (con múltiples sujetos usucapientes) y las variantes de usucapión abreviada (con plazo posesorio acotado, superficies pequeñas y destino específico), vigentes en Brasil y Colombia, entre otros países, pueden resultar de utilidad y servir de base para el diseño de nuevas herramientas jurídicas idóneas para combatir la informalidad y sus efectos negativos.

En cuanto a la estructura del trabajo, se la organizará en seis capítulos. Los primeros tres capítulos (“Informalidad dominial”, “Insu-

ficiencia de los instrumentos jurídicos disponibles para combatir la informalidad” y “Derecho a la Vivienda Adecuada”) tratarán sobre el problema de investigación. El capítulo cuarto (“Derecho Privado y Pobreza”) y el quinto (“Estudios comparados) estarán destinados a ofrecer un contexto de análisis para la elaboración de soluciones o posibles respuestas; y el capítulo seis contendrá el diseño de una propuesta concreta de solución (regulación de nuevas usucapiones).

Este capítulo final contendrá: el concepto de las usucapiones especiales con los rasgos sobresalientes, su relación con la usucapión ordinaria y con los demás mecanismos de adquisición de derechos reales; sujetos activos y pasivos; objeto (qué cosas se puede usucapir por esta vía); ámbito de aplicación o limitaciones (exclusiones de la figura en razón del sujeto y el objeto; por ej: por las dimensiones del inmueble, por el destino del bien, por la conformación del patrimonio del pretenso usucapiente); elementos, presupuestos o condiciones de procedencia (posesión, buena fe, plazo/s, etc.); las restricciones a la disponibilidad del derecho adquirido (ej.: prohibición de enajenar o gravar durante plazo determinado, etc), y las consideraciones sobre el proceso judicial de usucapión especial (requisitos de admisibilidad de la demanda, partes, pruebas, criterios de evaluación de la prueba, etc, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad del usucapiente).

El producto de la investigación contribuirá a fomentar el debate en la comunidad académica, especialmente en los sectores que perciben la gravedad del problema de la informalidad y se proponen estudiar mecanismos idóneos para afrontarla, a la vez que podrá servir como insumo a la hora de reflexionar acerca de los cambios legislativos que son imperativos en la materia.

2. Estado del conocimiento

Respecto del estado del arte, se deben tener en cuenta las investigaciones de un conjunto de autores que abordan la problemática de

la informalidad dominial (especialmente en Latinoamérica), desde un enfoque integral en el que el derecho es sólo uno de los múltiples factores a tener en cuenta para comprender mejor al fenómeno. Edésio Fernandes es uno de los referentes en este campo, también Hernando de Soto, aunque ambos desarrollean propuestas o modelos que parecen ser fundamentalmente opuestos.

Fernandes advierte que la informalidad provoca unos costos muy elevados para sus residentes, como una tenencia precaria, falta de servicios públicos, discriminación por parte del resto de la población, peligros ambientales y de salud, y derechos civiles no equitativos (2011, p. 2). Expresa además que las estrategias de regularización varían según el contexto de los distintos países y los objetivos de los dirigentes políticos, pero hay dos paradigmas principales: el “peruano” y el “brasiler”. El modelo regularizador peruano concentra los esfuerzos en la concesión de la mayor cantidad de títulos posibles, facilitando todos los trámites administrativos necesarios al efecto y confiando en que, luego de producidas las titulaciones masivas, los capitales privados serían quienes desarrollen la infraestructura urbana necesaria para cada barrio. El modelo regularizador brasiler, en cambio, se enfoca en lograr un integración socio-espacial que vincula la legalización de la tenencia con la mejora de servicios públicos, el planeamiento urbano y las implementación de políticas socioeconómicas de diversa índole –laborales, educativas, culturales–, tendientes a la efectiva radicación de los vecinos y a la mejora sustancial en sus condiciones de vida (2011, p. 30)

También son relevantes los estudios de un segundo grupo de autores sobre los efectos o beneficios que reporta la obtención de títulos de propiedad para sus beneficiarios, así como los límites que presentan estas políticas de titulización, a partir del análisis de experiencias concretas en diversos países o regiones (principalmente con herramientas proporcionadas por la economía). Entre ellos se destacan los argentinos Galiani y Schardgrodky, el británico Payne y el francés Durand-Lasserve.

Esta literatura especializada en la materia remarca que los beneficios de la regularización dominial se manifiestan, en general, por medio de dos canales: uno, en el incremento de inversión en la calidad de la vivienda de las familias que reciben el título de propiedad; y dos, en mejores condiciones de acceso al crédito por parte de estas familias, las que ahora podrían ofrecer garantías reales a las instituciones crediticias privadas y públicas para obtener así financiamiento (Gapel Redcozub y Ramírez Castañeda, 2021, p. 18).

Galiani y Schargrodsky (2004 y 2010) realizaron una serie de estudios sobre asentamientos informales en la periferia de Buenos Aires en los que se había generado una oportunidad única para el análisis: producto de la diferente suerte que habían corrido los procesos expropiatorios iniciados sobre una toma colectiva de tierras pertenecientes a diversos particulares, algunos vecinos contaban con su título de propiedad (otorgado por el Estado luego de finalizada la expropiación), mientras que otros permanecían sin título (puesto que los juicios de expropiación no se habían podido completar). Salvo por esta variable, podía considerarse que los vecinos compartían las restantes características socio-económicas consideradas relevantes (niveles de instrucción, situación laboral, ingresos, etc.). Así, las diferencias entre vecinos podían adjudicarse principalmente al “factor título de propiedad”.

Estos investigadores detectaron que las familias que contaban con títulos incrementaron sustancialmente su inversión en vivienda, redujeron su tamaño o cantidad de miembros, aumentaron la educación de sus niños, mejoraron algunos indicadores de salud (peso por altura de los niños) y redujeron las tasas de embarazo adolescente, y concluyeron que el otorgamiento de títulos puede ser una herramienta importante para la reducción de la pobreza a través del desarrollo de la inversión en capital físico y humano.

Payne, Durand-Lasserve y Rakodi (2009), un tanto más escépticos, sostienen que los procesos de titulación contribuyen a incrementar la seguridad en la tenencia de la tierra, pero que ello no repercute ne-

cesariamente en mejoras en los niveles de inversión ni en el acceso al crédito. La clave reside, subrayan, en detectar en cada caso particular si el otorgamiento del título modifica verdaderamente la percepción del destinatario de que no será desalojado. Cuando este grado de seguridad es elevado, aunque no cuente con derechos formalizados, los títulos no serían importantes para alterar sus decisiones de inversión en mejoras productivas o habitacionales (citado en Gapel Redcozub, 2018, p. 149).

En relación al contenido del derecho a una vivienda adecuada en clave de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los trabajos de Tedeschi son significativos porque cubren la situación en Argentina a lo largo de los últimos 25 años e incluyen la jurisprudencia de la materia.

El derecho a una vivienda digna, explica Tedeschi (2006), adquiere consagración constitucional en el ordenamiento jurídico argentino recién con la inclusión del art. 14 bis en el año 1957, y su tutela se complementa con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional –fruto de la reforma de 1994–.

En particular, el autor destaca como instrumento principal en la materia al Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (PIDESC) que en su artículo 11 establece: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado de vida para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”.

En cumplimiento de las obligaciones asumidas al ratificar el PIDESC, Argentina presentó en el año 2016 el cuarto informe periódico con el detalle de las acciones realizadas para satisfacer la efectividad de los derechos comprendidos en el Pacto. Al examinar el Informe y en relación a la problemática de la vivienda, el Comité DESC manifestó su preocupación por el incremento de los asentamientos informales sin acceso a servicios básicos y por el recorte

significativo del presupuesto de las políticas de vivienda, por la existencia de 4.000 asentamientos informales con dificultades significativas para acceder al agua potable y a servicios de alcantarillado, por las deficiencias de la normativa sobre desalojos y en las ejecuciones de procedimientos de desalojos, y por el impacto negativo de la especulación inmobiliaria sobre la accesibilidad y asequibilidad de la vivienda.

Las Observaciones Generales que formula el Comité DESC tratan de transmitir las experiencias adquiridas por los Estados Partes a fin de facilitar y promover la aplicación del Pacto PIDESC y estimular las actividades de los Estados Partes, las organizaciones internacionales y los organismos especializados interesados en lo concerniente a lograr de manera progresiva y eficaz la plena realización de los derechos reconocidos en el PIDESC.

Estas Observaciones Generales se han convertido en una fuente insoslayable para la adecuada interpretación y aplicación de los derechos y de las obligaciones contenidas en el PIDESC.

127 /

Respecto del derecho a la vivienda en particular, son especialmente relevantes las Observaciones Generales Nº4, Nº 7 y Nº 26.

La Observación General Nº4, que data del año 1991 y lleva el rótulo “El derecho a una vivienda adecuada”, advierte que “el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte [...] y [...] se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.”

Establece además cuál es el contenido de la expresión “vivienda adecuada” del artículo 11 del PIDESC, brindando una serie de precisiones que configuran actualmente el estándar internacional del derecho a una vivienda adecuada. Por su capital importancia para el análisis y evaluación de los instrumentos y políticas de vivienda, los

describiremos en los próximos párrafos. Para ser considerada “adecuada”, la vivienda debe proporcionar a sus ocupantes o contar con:

- Seguridad jurídica de la tenencia. Cualquiera fuera el carácter de la ocupación, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Este aspecto se halla estrechamente vinculado con la Observación General N°7, donde se expresa que esta garantía de seguridad exige el rechazo de los desalojos forzados en los que no se ofrece a los afectados medios apropiados de protección legal.

- Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición (acceso permanente a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje).

- Gastos soportables. Los gastos del hogar deberían ser de una cuantía que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas, y se deberían ofrecer subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una, así como formas y niveles de financiación que se correspondan adecuadamente con las necesidades de vivienda.

- Habitabilidad. La vivienda debe ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad, y garantizar también la seguridad física de los ocupantes.

- Asequibilidad. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda, garantizándose cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, entre otros.

- Lugar. La vivienda debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros educativos y otros servicios sociales, evitando que los costos temporales y financieros del transporte impongan exigencias excesivas. Además, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de actividades riesgosas que amenacen el derecho a la salud de los habitantes.

- Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda y los materiales utilizados deben permitir la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda.

Con posterioridad, en el año 2022, se aprobó la Observación General N° 26, relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales. Allí se sostiene que el acceso a la tierra y su uso en condiciones seguras y equitativas pueden afectar directa e indirectamente al disfrute de una serie de derechos consagrados en el Pacto (Punto II.5). “[...] Dado que el acceso a la tierra permite disponer de espacio para establecer una vivienda, el disfrute del derecho a una vivienda adecuada depende en gran medida de tener un acceso seguro a la tierra [...]” (Punto II. 7). Además se señala que la tierra está estrechamente relacionada, y a menudo de manera intrínseca, con el disfrute del derecho a participar en la vida cultural, debido al especial significado espiritual o religioso que tiene para muchas comunidades (Punto II. 10).

Este Documento también denota preocupación en el Comité DESC porque el uso y gestión actual de la tierra no facilita el ejercicio de los derechos consagrados en el PIDESC, contribuyendo a esta tendencia la gran demanda de tierras y la rápida urbanización que está teniendo lugar en la mayoría de las regiones del mundo y que afecta principalmente a los campesinos, las comunidades rurales, los pueblos indígenas y las personas que viven en la pobreza en las zonas urbanas. Se observa también con alarma que la financierización del mercado de la vivienda en las ciudades ha llevado a distintos grupos a competir por tener acceso a la tierra y control sobre esta, fomentando

129 /

la especulación y la suba de precios; y que la falta de marcos jurídicos e institucionales de gestión de la tenencia de la tierra o la debilidad, mala gestión o corrupción de los existentes agravan estos problemas y provocan litigios y conflictos por la tierra, desigualdad social, hambre y pobreza (Punto I.2).

Estos documentos brindan criterios precisos para determinar el contenido del derecho a la vivienda adecuada y su vital conexión con el acceso a la tierra, a la vez que expresan la necesidad de mejorar la caja de herramientas jurídicas disponibles para combatir contra los diversos factores que atentan contra su materialización.

3. Marco teórico

El marco conceptual se compone de un entramado de ideas y teorías, entre las que se destacan los desarrollos sobre el rol que puede (o debe) desempeñar el derecho privado en la lucha contra la pobreza (con Papayannis y Pereira Fredes como modernos exponentes, quienes abrevan a su vez en las ideas de Martha Nussbaum y Amartya Sen sobre capacidades y pobreza, entre otras fuentes).

Los primeros estudios de la relación entre derecho privado y pobreza, hasta donde he podido indagar, se remontan a la obra de Anton Menger de fines del Siglo XIX. Este profesor publicó un estudio crítico del Proyecto de Código Civil para el Imperio alemán en el año 1890, obra que fue publicada en español bajo el título “El Derecho Civil y Los Pobres” en 1898 y que estaba precedida de una sección denominada “El Derecho y la Cuestión Social”. Esta sección estuvo a cargo de Adolfo Posada, quien también tradujo la obra. Al plantear la naturaleza del fenómeno Posada escribió:

“Se ha dicho que la llamada cuestión, social es una cuestión de estómago: pareciendo esto quizá demasiado grosero o poco humano, se ha afirmado, con mejor sentido, que la cuestión social es una cuestión moral; y recientemente, un espíritu atrevido, ha llegado a

pensar que podría indicarse el remedio para curar ese inmenso dolor, que los economistas con su prosa llaman cuestión, diciendo que la cuestión social es una cuestión de método. Probablemente el dolor social, el dolor de los pobres, de los desvalidos, de todos los que no cuentan con el mínimo de lo indispensable para vivir vida de hombres, transformado en cuestión, tiene de todo. Hay en ella, en efecto, mucho que importa a la economía, mucho que toca a la moral, y algo quizás que corresponde a la lógica; pero no sólo esto: como al fin y al cabo, en el fondo de los grandes dolores humanos, hay una, cuestión de conducta, conducta del que los sufre y conducta de quienes acaso los producen, la cuestión social es además un problema de educación y un problema jurídico" (p. 6).

En la versión del jurista tradicional que describe Posada, tanto el abogado como el juez padecen la superstición de las leyes y de los códigos, se conciben como practicantes inflexibles de un derecho positivo -y especialmente privado- donde impera la fuerza de la tradición romana y reina la voluntad sagrada del legislador. "Todos los prejuicios, las frases hechas y lugares comunes, obra de las costumbres y condición de vida del Poder público, anidan en su conciencia, y germinan, y fecundan, y se revelan y muestran, cada vez que el conflicto legal se presenta. Suele ser el jurista, en verdad, un hombre artificial, repleto de sentencias jurídicas" (p. 11).

Los cuestionamientos, como se aprecia con nitidez, se dirigen contra los juristas que se desentienden del impacto que tienen las leyes sobre las condiciones de vida de los sectores más vulnerables, y que se desconectan de los problemas de justicia distributiva que evidencia el sistema jurídico en general y, sobre todo, el sistema de derecho privado en particular.

Desde su perspectiva, la decisión de organizar el derecho privado tomando como pilares: i) una propiedad individual que pone a (casi) todas las cosas dentro del comercio, ii) una libertad contractual que permite a toda persona obligarse prácticamente sin límites, y iii) un derecho hereditario que haga fluir los bienes a los herederos forzosos

y/o a quien se designe oportunamente; todo ello en conjunto termina creando un (sub)sistema que descuida los intereses de los más desfavorecidos, cuando no operan directamente en su perjuicio (Pereira Fredes, 2021, p. 141).

Sobre este eje crítico, y después de lo que parece ser un desinterés que se extendió por un largo siglo en la tradición civil continental, los autores que abordaremos a continuación han elaborado nuevas ideas acerca del rol del derecho privado en el combate de la pobreza, o, lo que es lo mismo, acerca de la necesidad de contar con un subsistema de normas de derecho privado más eficaces en la consecución de mayores niveles de justicia.

La justicia que aquí se anhela es la justicia distributiva. Ésta, a diferencia de la justicia correctiva que se circscribe a las relaciones interacciones interpersonales, permite en cambio determinar si es legítima la distribución de los bienes en una sociedad (Hevia, 2010). Papayannis tiene como postulado inicial que

\ 132

“Las instituciones del derecho privado definen en una medida nada desdeñable el contexto en el cual las personas desarrollan su vida comunitaria; imponen a sus destinatarios diversos costes, pero también brindan una serie de ventajas y oportunidades. Las distintas reglas de propiedad, contratos y responsabilidad extracontractual distribuyen un conjunto de bienes que son útiles para cualquier plan de vida, y por consiguiente, determinan mejores o peores perspectivas para distintos grupos de personas en una comunidad específica” (2021, p.82).

Por ello, sigue el autor, resulta apropiado evaluar a los institutos del derecho privado por su justicia distributiva, la que puede llevar a cabo con eficacia respetable y con carácter complementario de lo que se puede lograr mediante el derecho público.

Entre los argumentos que emplea para justificar su postura, Papayannis expone que los efectos distributivos del derecho privado son inevitables porque establecen necesariamente condicionantes a las

perspectivas de las personas, y que estos efectos pueden corregirse para beneficiar a los sectores más vulnerables, creando instituciones interpersonalmente justas que eviten desigualdades injustificadas y aprovechamientos de las debilidades.

Adentrándose puntualmente en la materia de los derechos reales, se apoya en Dagan (2011) para remarcar que la regulación de estos derechos “es mucho más rica de lo que sugieren las visiones individualistas centradas en el derecho de propiedad y la potestad de exclusión” (p. 109). Las reglas de propiedad exceden de lo meramente transaccional e influyen sobre un conjunto de interacciones sociales que comprenden a los vínculos familiares, a los de vecindad y a los comunitarios en sentido amplio.

Pereira Fredes plantea, también dentro de esta línea de pensamiento, que la cuestión de la pobreza permite (y en alguna medida, exige) poner a prueba las principales asunciones que rigen tradicionalmente al derecho privado (2021, p. 150). En su visión, para que el derecho privado pueda tratar a la cuestión de la pobreza, necesita antes repensar sus propios fundamentos, dotarse de innovaciones teóricas que lo hagan evolucionar y le proporcionen nuevos alcances, para luego recién entrar a considerar sus potenciales aportes en la materia. (2011, p. 166/7). Este ejercicio de autoevaluación, asegura el autor, apenas está en ciernes, y configura un enorme desafío para la filosofía del derecho privado.

Estas propuestas acerca del nuevo papel del derecho privado dialogarán, a su vez, con las elaboraciones que ha efectuado Dagan sobre el derecho de propiedad liberal, su justificación y los valores que debe proteger, con la finalidad de establecer relaciones que permitan examinar el problema de la informalidad dominial en relación a la cuestión de la vivienda adecuada y qué pueden hacer los derechos reales al respecto (y cómo!).

Ahora bien, los mismos autores que impulsan la posibilidad - e inclusive la conveniencia- de redefinir los fines del derecho privado

reconocen que estas propuestas teóricas no están exentas de críticas, entre las que se destacan las formuladas por Weinrib.

Weinrib, citado por Papayannis, sostiene que el derecho privado regula las relaciones e interacciones entre particulares, creando un marco para que las personas realicen sus preferencias individuales, y que no se lo puede utilizar para perseguir objetivos distributivos sin destruir su naturaleza, coherencia interna o sentido (2021, p. 81).

Para Pereira Fredes la tesis central de Weinrib es que el derecho privado se encuentra identificado con una relación bilateral entre las partes, con una estructura de derechos y deberes correlativos. Esta configuración brinda, según Weinrib, una racionalidad inmanente al derecho privado, ajustando su forma a los cánones de la justicia correctiva -que rige los intercambios particulares suponiendo que formalmente los individuos están situados en posiciones equivalentes- (2021, p. 135).

En resumen, la justicia correctiva sería el objetivo del derecho privado con exclusión de las restantes versiones de la idea de justicia, aunque puedan contingentemente existir elementos distributivos o punitivos en algún lugar del derecho privado. Lo que Weinrib no admite es que el derecho privado pueda buscar válidamente estos otros elementos como objetivo principal, porque ello lo desnaturalizaría.

Pereira Fredes también trae a colación las opiniones críticas de Rosenkrantz, para quien los objetivos distributivos en el derecho privado son marginales y limitados, negando que la superación de la pobreza pueda constituir un principio del derecho privado dado el individualismo que es característico de esta área del derecho –al menos en la visión tradicional- (2021, p. 161).

El debate acerca de los fines del derecho privado está abierto, y en este campo, pese a su estado incipiente de desarrollo, entiendo que “Derecho y Pobreza” propone un recorrido nuevo en el plano de las ideas jurídicas: conecta a las ideas centrales del derecho privado, con el concepto de justicia distributiva y con el concepto específico de pobreza desde el enfoque de las capacidades (de M. Nussbaum y A.

Sen), y emplea este nuevo aparato conceptual para repensar al derecho privado tradicional o clásico.

Estrategias Metodológicas: Se planifica llevar adelante una investigación de corte positivista, tendiente a la identificación de las fuentes (inclusive las pertenecientes al derecho internacional y extranjero), la descripción del contenido de las normas y su sistematización con carácter crítico, para culminar con la elaboración de una nueva categoría jurídica (Cruz Parcero, 2006).

Para ello se acudirá a la revisión bibliográficas, de artículos científicos y documentos oficiales sobre el problema de investigación, y al análisis de la legislación y jurisprudencia pertinente, tanto del derecho local como de aquella que integra el bloque constitucionalizado de DD.HH y la de los países seleccionados para realizar los estudios comparados.

Asimismo se realizarán entrevistas (semi-estructuradas) con (al menos) tres juristas especializados en derechos reales de cada uno de los países sobre los que se llevarán a cabo estudios comparados, a fin de alcanzar una cabal comprensión sobre el funcionamiento de las usucapións especiales allí reguladas. Estas entrevistas tendrán lugar luego del análisis normativo comparado, en razón de que necesitaré contar con dicha información para obtener un mayor provecho de estas fuentes (Kunz y Cardinaux, 2015, p.126).

Por último, se diseñarán las categorías jurídicas “usucapións especiales”.

En resumen, se propone una investigación dogmática en el sentido de que pretende describir al objeto bajo estudio y prescribir soluciones para superar los problemas detectados (Courtis, 2006, p, 109).

4. Referencias y normas

- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En Courtis, C. (ed). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta.

- Cruz Parcerio, J.A., (2006). Los métodos para los juristas. En Courtis, C. (ed). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta.
- Dagan, H. (2020). *A Liberal Theory of Property*, Cambridge University Press.
- Dagan, H. (2011). *Property Values and Institutions*, Oxford University Press.
- Fernandes, E. (2011). *Regularización de asentamientos informales en América Latina*. Lincoln Institute of Land Policy.
- Fernández Blanco, C. y Pereira Fredes, E. (eds.). (2021). *Derecho y pobreza*, Marcial Pons.
- Galiani, S. y Schargrodsky, E. (2004). Effects of land titling on child health. *Economics & Human Biology*. Volume 2, Issue 3, December 2004, pp. 353-372. <https://doi.org/10.1016/j.ehb.2004.10.003>
- Galiani, S. y Schargrodsky, E. (2010). Property Rights for the Poor: Effects of Land Titling. *Journal of Public Economics*, 94, pp. 700–729.
- Gapel Redcozub, G. (2018). Políticas de regularización dominial de tierras rurales: el plan de la Provincia de Corrientes, Argentina. *RFCE*, DOI: <http://dx.doi.org/10.30972/rfce.0203259>
- Gapel Redcozub, G. y Ramírez Castañeda, F. (2021). Políticas de regularización dominial y expropiación de tierras en la provincia de corrientes (2008–2018). En: *Regularización Dominial en el NEA*, Contexto.
- Hevia, M. (2010). Justicia correctiva y derecho contractual. En *Revista Estudios Socio Jurídicos*, vol.12, n.1, pp.35-48.
- Kunz, A. y Cardinaux, N. (2015). *Investigar en Derecho*, Eudeba.
- Lobo, P. (2018). *Direito Civil - Direito Das Coisas*, Saraiva.
- Menger, A (1898). *El derecho civil y los pobres*, Librería General de Victoriano Suárez.
- Nussbaum, M. (2012). *Crear Capacidades*, Paidós.

- Papayannis, D. (2021). ¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza? En *Derecho y Pobreza*, Fernandez Blanco, C. y Pereira Fredes, E. (eds), Marcial Pons.
- Papayannis, D. y Pereira Fredes, E. (eds). (2018). *Filosofía del Derecho Privado*, Marcial Pons.
- Payne, G.; Durand-Lasserve, A. y Rakodi, C. (2009). The limits of land titling and home ownership. *Environment and Urbanization*, 21: 443 - DOI: 10.1177/0956247809344364 –
- Pereira Fredes, E. (2021). ¿Cómo repensar la pobreza desde el derecho privado? En: *Derecho y Pobreza*, Fernandez Blanco, C. y Pereira Fredes, E. (eds), Marcial Pons.
- Rossetti, A. y Alvarez, M. (eds). (2015). *Derecho y Pobreza. Un Análisis desde el Método de casos*, Advocatus.
- Tedeschi, S. (2006). El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución. En Abramovich, Bovino y Courtis (comp), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, CELS.
- Tedeschi, S. (2017). Tres decisiones estratégicas para el litigio de derecho a la vivienda. En Thea, F. y Benente, M. (comps), *Derecho a la vivienda y litigio estructural*, Edunpaz.
- Ternera, F. (2015) *Derechos Reales*, Temis.
- Waldmann Padin, P. (2010). *Aspectos Fundamentais do usucapião coletivo*, Disertación de Maestría, USP.
- Weinrib, E. (2017). *La idea del derecho privado*, Marcial Pons.

Normas

- Código Civil Brasíliero (2002) y Estatuto da Cidade (Ley N° 10.257/01, usucapión colectiva y especial urbana), Leyes 4.504/64 y 6.969/81 (usucapión rurales).
- Código Civil Colombiano (1873), ley 200 de 1936 (usucapión agraria), ley 388 de 1997 (usucapión de viviendas de interés social), ley 791 de 2002 (plazo de usucapión).

Nuevas formas de adquisición del derecho real de dominio para el acceso a una vivienda adecuada

| González Delgado, Laura Judith |

| Villalta, Anahí Elizabeth |

Criterios y formas de cuantificar las tareas de cuidado en las compensaciones económicas por disolución de la unión convivencial

Introducción

Con la reforma del código civil y comercial, se ha observado modificaciones en distintos institutos del derecho de familia, el nuevo enfoque no deja de lado realidades sociales, culturales y familiares. Entre ella, una de las grandes innovaciones de la redacción fue la incorporación del instituto de las uniones convivenciales, definiéndolas como *unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida en común, cualquiera sea su orientación sexual* (art. 509 del CCivCom.). Pero ¿qué ocurre cuando producto de la disolución de este proyecto de vida en común, uno de los ex convivientes queda en un estado de desequilibrio económico respecto del otro miembro? Nuestro ordenamiento prevé la existencia de una compensación económica, se trata de una *obligación de origen legal, de contenido patrimonial y que, basada en la solidaridad familiar, pretende equilibrar las consecuencias económicas de la ruptura de la convivencia* (Lloveras, Orlandi, & Faraoni, 2015). Por ende, el derecho entiende que para que se configure su procedencia es necesario, que una de las partes sufra un menoscabo económico, una perdida.

Este desequilibrio generalmente afecta a quien se dedicó al hogar, quien llevó adelante las tareas de cuidado, es decir, como ser limpieza del hogar, preparación de alimentos y compras para el hogar,

139 /

el cuidado de los niños, etc. Es decir que cuidado es estar y cuidar, lavar y alimentar, disciplinar y proteger, en la casa, en la calle, en la escuela; siendo generalmente las mujeres quienes llevan adelante estas actividades.

Ahora bien, sabiendo que estas actividades son realizadas mayormente por las mujeres, resulta necesario preguntarse, ¿quién tiene la potestad de determinar si las tareas de cuidado constituyen causa suficiente para la procedencia de la compensación económica? Y en caso de determinar su procedencia ¿cómo se cuantifican las mismas? ¿Qué criterios utilizaran los jueces para determinar su cuantificación? Y esos ¿criterios a qué postura doctrinaria?

Por estas razones, es necesario que además de definir normativamente qué son las tareas de cuidado; es necesario determinar cuáles son los criterios que debe emplear el juez para cuantificar el valor de ellas en las compensaciones económicas, pues sólo así dará el derecho una respuesta a una realidad social consuetudinaria, en un intento de resarcimiento a un área con una predominante acción femenina, lo que ha causado en consecuencia que muchas de ellas se consideren al margen de determinados beneficios o proyectos, por haberse entregado a la vida de la casa, la crianza, olvidando altruistamente aun sus propias necesidades y sueños personales

\ 140

Estado del conocimiento

El Código civil y comercial establece que las compensaciones económicas reconocen dos fuentes posibles. La primera es el acuerdo de partes como fruto de la expresión libre y voluntaria de la autonomía de los ex miembros de la unión matrimonial o convivencial, si bien este inciso no constituye objeto de análisis en este proyecto de tesis, también resultaría importante preguntarse si el juez se encuentra habilitado para revisar ese convenio, y que pasaría si en dichos acuerdos se vulneran derechos. Por otro lado, en caso de que no exista un

acuerdo, el CCivCom se encarga de establecer ciertas pautas que los/ los operadores jurídicos deben tener en cuenta para su fijación vía judicial. (Lerussi & Scocozza, 2018). Dentro de las pautas establecidas en el art. 442 inc b. dice que “la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y a la educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio” (Infoleg, 2023) . Este inciso se refiere a las tareas de cuidado, que la CEPAL lo ha conceptualizado como *todas aquellas actividades que son indispensables para que las personas puedan alimentarse, educarse, estar sanas y vivir en un hábitat propicio para el desarrollo de sus vidas. Abarca, por lo tanto, el cuidado material, que implica un trabajo, el cuidado económico, que implica un costo, y el cuidado psicológico, que implica un vínculo afectivo* (argentina.gob.ar, 2023). De acuerdo al proyecto de ley Cuidar en Igualdad, se deja en claro que existe una feminización del trabajo gratuito de cuidado (<https://www.argentina.gob.ar>, 2023) debido a que son mayoritariamente las mujeres las que hacen frente a esta laboral, *en promedio, 6,5 horas diarias, casi 3 horas más que las que dedican los varones . Esta brecha de tiempo y cuidado tiene un alto costo para ellas, ya que les resta tiempo y oportunidades para formarse, participar en el mercado laboral, capacitarse, descansar y realizar otras actividades. Por esta razón, ellas tienen menores tasas de empleo y actividad, y mayores niveles de desocupación y subocupación (en especial las más jóvenes)* (<https://www.argentina.gob.ar/>, 2022) trayendo como consecuencia una gran “inactividad”, el desempleo y la informalidad para las mujeres.

Cuáles son los criterios de cuantificación de las compensaciones económicas de acuerdo a la doctrina vigente, por un lado, tenemos a Denisse Cutuli, Romina quien desarrolla los diferentes métodos de cuantificación, por un lado encontramos el criterio *del coste de oportunidad, el trabajo realizado en la esfera doméstica adquiere el valor del salario potencial que resigna quien está dedicando tiempo a esas actividades. Desde la perspectiva de la Nueva Economía del Hogar (Becker, 1987), el coste de oportunidad diferencial entre varones y mujeres explica la espe-*

cialización de los primeros en el trabajo remunerado y de las segundas en el no remunerado, puesto que los salarios de las mujeres son en promedio menores. (Denisse Cutuli, 2012). Otro criterio, utilizado en la doctrina española, es el de la tercera persona, es decir, se calcula a partir del salario que se hubiera tenido que pagar por la contratación de personal para la realización del trabajo doméstico y de cuidados a lo largo del período que haya durado el vínculo (Robba & Lerussi, 2018) otro criterio es coste de reemplazamiento, que sigue dos vertientes. La primera, conocida como método del sustituto general (Benería, 1999), asigna un salario a la totalidad del trabajo no remunerado en función del tiempo. Este método lleva implícita la infravaloración que el propio mercado hace del trabajo doméstico y de cuidados, por lo general precarizado y mal pago. Y método del sustituto especializado (Benería, 1999), que fragmenta las tareas para asignarle un valor de reemplazo a cada una de ellas. (Denisse Cutuli, 2012) Todos estos métodos de cuantificación responden a parámetros industriales o de mercado, es decir criterios de racionalidad económica –eficiencia, productividad, rentabilidad– propios de las perspectivas economicistas de corte neoclásico. Desde otra perspectiva, los feminismos en economía han aportado dos grandes modalidades de estimación o valoración: “*las que se basan en el coste de los inputs de trabajo (cantidad y calidad del tiempo utilizado en la obtención de bienes y servicios) ampliamente desarrolladas y utilizadas; y las que utilizan el valor del output familiar (producto obtenido como resultado de un proceso productivo), método más reciente y menos extendido*”. Con todo, los métodos de valoración más extendidos son referidos a los inputs que toman como referente alguna tasa salarial. Es decir, el criterio de la tercera persona, el cual considera trabajo doméstico y de cuidados a aquella actividad realizada en el ámbito de la unidad doméstica que podría ser realizada por una persona distinta de la que se beneficiaría de su servicio, es decir, que pueda ser intercambiada en términos mercantiles. Este es un criterio ampliamente aceptado, aunque a nuestro juicio arrastra problemas propios de los razonamientos neoclásicos en economía (individuos racionales que intentan maximizar la satisfacción de sus necesidades evaluando

costes). Así, se extienden dichos supuestos a todos los aspectos de la vida, explicando también el matrimonio, la unión convivencial, el divorcio o anulación de la unión, en términos de beneficios, ganancias y pérdidas que puede reportar la vida en pareja. En fin, consideramos que las compensaciones económicas pueden ser pensadas en esta clave patrimonial (que es la corriente principal esgrimida), es decir, el criterio de la tercera persona. Sin embargo, es importante atender a dos cuestiones. La primera es que el sector laboral de referencia sobre el que comúnmente se hace el cálculo de las compensaciones, es decir el sector doméstico, es un sector precarizado y con salarios por debajo de otros sectores. La segunda es que el eje de la valoración debería atender a la consideración en sí del trabajo doméstico y de cuidados como trabajo que tiene valor (no solo monetario) para la sostenibilidad de la vida.

Marco teórico:

143 /

El marco teórico del presente trabajo tiene sustento en la normativa del Código Civil y Comercial, respecto a la uniones convivenciales, que entra en vigencia en el año 2015, el art. 509 sosteniendo que “son relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo” (Infoleg, 2023), su regulación responde a la necesidad de una nueva forma de familia, dado que la Argentina, desde la reforma de constitucional de 1994, ha reconocido la jerarquía constitucional de dichos instrumentos internacionales (Art. 75 inc. 22, C.N.) y el nuevo perfil constitucional del concepto de familia que surge del bloque constitucional federal, por lo que se debe garantizar el derecho a la familia entendida en sentido amplio. (Lloveras, Orlandi, & Faraoni, 2015). Así, el concepto de familia que emana de los mencionados tratados no se limita a las familias originadas a partir de la unión matrimonial; sino que también es comprensivo de las uniones convivenciales y otras formas familiares (Lloveras, Orlandi, & Faraoni, 2015)

Continúa diciendo el derecho civil que, en caso de ruptura de este proyecto de vida, se podrá solicitar una compensación económica, art. 524 “cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.” (Infoleg, 2023).

Es así que el código civil crea una norma que protege a la familia ante la disolución del proyecto de vida en común, basado en la solidaridad familiar, y que tiene por objetivo equilibrar las posibles consecuencias económicas de la ruptura de la convivencia. El requisito esencial exigido sería entonces que una de las partes de la pareja conviviente, sufra un menoscabo económico, este menoscabo podrá devenir en la mayoría de los casos de la dedicación de una de las partes al hogar, trabajo de cuidados y doméstico. Es por ello que al abordar la forma en que se debería llevar a cabo la cuantificación de la compensación compensación económica compartimos la postura de la perspectiva feminista, el criterio de la tercera persona, teniendo en consideración que las tareas de cuidado constituyen una actividad necesaria no solo para el mundo del mercado, en términos económicos, sino que son el pilar de la vida en familia, por tal motivo consideramos que es necesario no solo valorar el tiempo como algo netamente económico, sino además brindarle una plusvalía, debido a que por el aporte de este trabajo quienes se benefician no solo obtienen la comida hecha en tiempo y forma, la casa limpia, la ropa lavada y planchada; sino que además se desobligan de la carga mental que implican la realización de estas ctividades ligadas a la rutina permanente de la convivencia en familia, dando por sentado su realizacion, como si la misma se produciera por generación espontánea, un ejemplo de esto es la relizacion del almuerzo/cena diaria, la compra del almacen, entre muchas otras.

Por ello, solo existe una respuesta viable a través de la evaluación de cada caso en concreto, sabiendo que como dice el refrán: “cada casa es un mundo”, así también lo son, los acuerdos familiares que responden a este “proyecto de vida en común”, siendo el juez en cada causa quien podrá valorar el accionar de quien tuvo la tarea de cuidar, es así que el expositor Roscoe Pound (1870-1964) desarrolla la necesidad de utilizar criterios axiológicos no solo en la función legislativa, sino también la función judicial. Este iuspositivista habla que el derecho no debe discutirse en su naturaleza, sino los intereses, pretensiones y demandas, cabe aclarar que esta teoría de los intereses no es la misma que la de Ihering, sino que los intereses de los que habla este exponente, son los que se desprenden de lo que los tribunales hacen, ya que es el reconocimiento de los intereses, es el de pretensiones y demandas que llevan implícita la existencia de la sociedad. (Fucito, 1993, pág. 246). En ese mismo tenor nos encontramos con Benjamin N Cardozo (1870 - 1938), otro expositor del realismo jurídico, miembro de la Corte de Nueva York, que desarrolla cuatro métodos a través del cual el juez debe obrar. El de la lógica, el histórico (método evolucionista), el de la tradición (por costumbres de la comunidad) y el sociológico (por el bienestar social, la justicia o la moral) (Fucito, 1993, pág. 234), sosteniendo que cuando las necesidades sociales requieren ciertas respuestas es menester ignorar la historia y la tradición y atender a esos fines actuales (Fucito, 1993, pág. 234). Pues en la actualidad los jueces llevan adelante una tareas de legislador, porque son ellos quienes a través de ciertos métodos lógicos, crean criterios para cuantificar las compensaciones económicas, siendo las sentencias lugares donde el juez se convierte en legislador ya que es capaz de determinar cuándo un interés pesa más que el otro. (Fucito, 1993, pág. 235)

Método

La presente investigación propone llevar adelante un trabajo, desde su aspecto metodológico de carácter cualitativo cuyos enfoques están dirigidos por un lado al estudio de casos y por otro, a la entrevista profunda. Esto se debe a que la investigación cualitativa es de índole descriptiva por cuanto identifica los elementos que conforman un caso, hecho o fenómeno de relevancia jurídica, determinando sus conexiones entre sí, permitiendo describir procesos, contextos, instituciones, sistemas y personas". Por lo que en una primera instancia se lleva adelante una recopilación de normativa nacional y provincial a fin de determinar si en ambos cuerpos normativos se encuentran reguladas las tareas de cuidado. Posteriormente se hará un análisis de la doctrina nacional, para analizar cuáles son las posturas vigentes hasta el momento respecto de los criterios de cuantificación de las compensaciones económicas y que posición existen respecto de las tareas de cuidado. Y por Jurisprudencias locales de las provincias del NEA, en las que se analizará qué criterios emplearon los jueces para cuantificar las compensaciones económicas, desde qué perspectiva analizan las tareas de cuidado, si lo hacen desde una visión económica o de género.

A su turno, se involucrarán a los operadores judiciales a fin de conocer las distintas perspectivas de estas problemáticas. De esta forma se procederá a realizar entrevistas a jueces del Excmo. Tribunal de Familia de la provincia de Formosa, a un Ministro del STJ, y a un abogado/a en el ejercicio de profesión. Estas entrevistas me permitirán determinar las posturas que se manejan en los juzgados respecto a la temática desarrollada, como así también la visión que se tiene un abogado litigante respecto a cuál es el tratamiento que se le da a estas cuestiones judiciales, si existe un interés por parte de la justicia en adecuarse a las nuevas necesidades sociales y culturales.

Bibliografía

- argentina.gob.ar.* (12 de Octubre de 2023). Obtenido de argentina.gob.ar: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/hacia_una_redistribucion_igualitaria_de_tareas_de_cuidado.pdf
- Beccar Varela, A. (2018). El difícil arte de cuantificar la compensación económica. *Revista Derecho de Familia*.
- Fucito, F. (1993). Sociología del Derecho . El orden jurídico y sus condicionantes sociales. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- <https://www.argentina.gob.ar/>. (12 de 10 de 2023). Obtenido de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/06/ /cuidar_en_igualdad_sistema_integral_de_politicas_de_cuidados_de_argentina.pdf
- <https://www.argentina.gob.ar/>. (2022). Obtenido de argentina.gob.ar:
- Infoleg. (5 de Junio de 2022). *Infoleg*. Obtenido de Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar>
- Infoleg. (5 de Junio de 2023). *Infoleg*. Obtenido de Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar>
- Irigoyen, T. M. (2015). FÓRMULAS PARA CALCULAR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.
- Landauro, Q. N. (2019). *Revisión del derecho a compensación económica a más de una década de la nueva ley de matrimonio civil*. Santiago, Chile: universidad de chile.
- Lerussi, R., & Robba, M. (2018). *Revista Ius et Praxis*, 595 - 620.

- Lerussi, R., & Scocozza, R. D. (2018). Elaboraciones jurisprudenciales en torno a la Compensación Económica en Argentina. 93-112.
- Lloveras, N., Orlandi, O., & Faraoni, F. (2015). *Uniones Convivenciales*. San Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Morandi, M. C. (03 de 06 de 2015). <https://www.scba.gov.ar>. Obtenido de https://www.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/pdfley/Morandi_Un_nuevo_instituto_la_compensacion_economica_en_el_Codigo_Unificado.pdf
- Naciones Unidas. (5 de Junio de 2022). *Naciones Unidas*. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Wilson, C. P. (Julio 2009). La cuantía de la compensación económica. *Revista de Derecho Vol XXII N° 1*, 35-

Violencia Vicaria: explorando la estrecha relación con la violencia de género

| Infante, Nora Alicia |

Violencia Vicaria: explorando la estrecha relación con la violencia de género

Palabras Claves: derecho de familia- responsabilidad parental de los progenitores - violencia vicaria – violencia de genero – factores de riesgo – consecuencias en niños niñas y adolescentes – intervención y prevención.

I- Introducción

\ 150

II- Violencia de género: concepto y características

III- Violencia vicaria: Concepto y características. Factores de riesgo. La relación con la violencia de género

IV- Casuística

V- La Violencia Vicaria en Argentina

VI- Conclusiones

VII- Anexo I

VIII Referencias bibliográficas

I-Introducción

La violencia de género, entendida como toda privación o menoscabo en los derechos humanos de las mujeres, por su condición de tal, resulta un flagelo que ha atravesado épocas, culturas y que atañe a todos los niveles socioeconómicos y edades.

Los factores socioculturales naturalizados e invisibilizados como la asimetría de poder, el sistema de dominio patriarcal con la consecuente subordinación femenina y el machismo, están presentes en la violencia contra las mujeres, lesionan y afectan la dignidad, la integridad física y psíquica impidiendo el pleno disfrute de sus derechos humanos a vivir una vida libre de violencia afectando de este modo sus libertades individuales, generando consecuencias tales como la depresión, intentos de suicidios, perdida de la autoestima y en algunos casos la dependencia emocional al agresor las lleva a situaciones límites que desencadenan en la muerte.

En general, la situación se torna aún más compleja, pues, si bien la mujer es el foco central de la agresión, resultan afectados los hijos e hijas, presentando dificultades emocionales, conductuales significativas, tomando como modelo de aprendizaje los comportamientos violentos aun cuando no hayan recibido ningún solo golpe. “Los niños no son víctimas solo porque sean testigos de la violencia de género, sino porque “viven en la violencia”. Son víctimas de la violencia psicológica, a veces también física, y que crecen creyendo que la violencia es una pauta de relación normal entre adultos” (Save the Children, ONG)¹

Es real que un alto porcentaje de niños niñas o adolescentes (en adelante NNA) resultan víctimas directas del maltrato físico y/o psi-

1. Conocido como Save the Children o Save the Children International es una organización no gubernamental internacional fundada el 15 de abril de 1919, en Londres, Reino Unido. Tiene como finalidad trabajar por los derechos de la niñez.

cológico de su progenitor y en algunos casos víctimas de violencia sexual, desdibujando la finalidad del sistema familiar entendido como el ámbito de contención y atenciones afectivas y materiales necesarias para el desarrollo y formación integral de los hijos. El hogar se vuelve así en una trampa infernal de la que resulta difícil escapar.

Sin embargo, cuando la mujer decide poner distancia separándose del agresor, éste reacciona ante la amenaza de la pérdida del poder, incrementa su conducta violenta –pese a las medidas de protección– al punto tal de llegar no solo al femicidio sino de generar daños físicos o psicológicos a los hijos como “castigo” ante la decisión tomada por la mujer. Se pretende el sufrimiento de la mujer a través del daño a terceros aunque esos terceros sean los propios hijos del agresor. Estamos ante la denominada violencia vicaria.

La violencia vicaria es un concepto que cada vez adquiere más relevancia en el ámbito jurídico, es especial en el marco de la violencia doméstica y de género, toda vez que el sometimiento de un individuo a la violencia hacia otra persona, generalmente un parente o quien ejerce cuidados parentales que tiene consecuencias negativas para su bienestar y desarrollo, pero que se realiza con la finalidad de provocar sufrimiento en alguien cercano.

En los últimos años, ha habido un creciente interés por comprender y abordar este tipo de violencia, ya que las repercusiones psicológicas y emocionales para las personas involucradas pueden ser significativas, siendo fundamental visibilizar este tipo de violencia ejercida generalmente contra los niños convirtiéndose en una de las más crueles e inhumanas.

Este trabajo tiene como objetivo examinar en profundidad el fenómeno de la violencia vicaria y su impacto en la vida de las personas afectadas. A través de una revisión exhaustiva de la literatura existente, se analizarán los factores desencadenantes de esta forma de violencia, las consecuencias psicológicas y emocionales.

Es fundamental comprender que la violencia vicaria no solo afecta a quienes son objeto directo de la violencia, sino también a los hijos

o familiares cercanos, por lo cual abordar este problema implica la necesidad de promover el apoyo y la protección de todos los individuos involucrados y por supuesto del Estado en el marco de los compromisos internacionales contraídos en la temática de violencia.

A lo largo de este artículo se analizarán diferentes perspectivas teóricas, diseñando este estudio a través del método cualitativo descriptivo, a través del análisis documental normativo y doctrinario, y se presentarán casos que han contribuido a una mayor comprensión de la violencia vicaria tomadas del derecho comparado. Además, se analizará la legislación local, la casuística a la cual se asimila el concepto, como así también los proyectos de ley, formulándose propuestas para prevenir y abordar esta forma de violencia.

Estamos convencidos que el estudio de la violencia vicaria resulta de gran importancia tanto a nivel académico como social, toda vez que permite: a) comprender las diversas formas de violencia de género y entender que la violencia vicaria es una forma de violencia de género – quizá menos conocida o identificada como tal- pero sin dudas dañina por su afectación a las víctimas; b) contribuir a generar conciencia sobre su existencia y acercar esta forma de violencia a la sociedad, facilitando la detección y prevención temprana; c) brindar adecuada protección a NNA toda vez que afecta principalmente a las personas menores de edad testigos de la violencia de género convirtiéndolos también en víctimas de alto riesgo; contribuir al cambio social que erradique la violencia de género en todas sus manifestaciones, lo que implica desafiar estereotipos de género, promover la igualdad y fomentar relaciones saludables y respetuosas.

153 /

II- Violencia de género: concepto y características

Históricamente la violencia tanto en la faz familiar como de género atraviesa a la sociedad. Sabemos que en todo contexto de violencia la relación familiar o de pareja se encuentra basada en la dominación,

en el sometimiento, en una relación desigual de poder, donde la regla es la subordinación de la mujer al hombre en todos los ámbitos: familiar, económico, cultural, laboral, sexual. En general las sociedades se construyen bajo modelos muy arraigados del ser mujer y del ser hombre, instalándose en todos los ámbitos, escolares, laborales, de salud, sin ser cuestionados, trayendo como resultado la promoción de determinados comportamientos que condicionan y limitan la formas de ser, pensar, sentir y actuar de las mujeres y es bajo esa misma mirada que se objetan y sanciones otros comportamientos que son vistos como “fuera de lo normal”.

La ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, la define en su artículo 4:

“Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, en el espacio analógico digital, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”²

2. La “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, debe destacarse su importancia, toda vez que considera la violencia contra las mujeres como una categoría autónoma y afirma que constituye una violación a los derechos humanos. Aprobada en diciembre de 1993 expresa: “la violencia contra la mujer

La violencia de género anida en un sistema de relaciones desiguales entre hombres y mujeres. Un sistema donde ellos son dominantes, concentran el poder y toman las decisiones, mientras ellas están subordinadas a esta forma de dominio, así la figura de autoridad es el padre, el esposo o el conviviente, limitándose a las mujeres al trabajo doméstico y a las tareas de cuidado de los hijos e hijas o adultos mayores de la familia, esto es el sistema patriarcal presente en la sociedad jerárquico, discriminatorio y la causa de las desigualdades. El ejercicio de poder y control se traduce en no respetar su privacidad, controlar cómo se viste, a dónde va y con quién. Estas diferencias en los roles entre varones y mujeres se transmiten desde la infancia, se naturalizan y, consciente o inconscientemente se prepara a las mujeres para ocupar lugares muy distintos a los hombres, limitándolas a lo doméstico. Son valoradas socialmente en una relación de desigualdad y sometimiento al varón.³

155 /

constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente

“a la mujer gozar de dichos derechos y libertades” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1993: Preámbulo). Reconoce que la violencia contra las mujeres evidencia las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres e impone a estas últimas una posición subordinada y, que factores como la raza, la situación migratoria, las discapacidades

El concepto de violencia de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el conflicto armado, entre otros, incrementan la vulnerabilidad de las mujeres. Además de señalar que la violencia contra las mujeres es una violación a los derechos humanos, la Declaración señala que la violencia contra las mujeres es aquella que tiene o puede tener “como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (Conf. Orjuela Ruiz, 2012)

3. “La discriminación basada en el género es aquella que se ejerce a partir de la construcción social que asigna determinados atributos socio-culturales a las personas a partir de su sexo biológico y convierte la diferencia sexual en desigualdad

La historia ha sido escrita por los hombres, con la única finalidad de continuar con la narrativa social del patriarcado, la misoginia y la inmanencia de la mujer como una otredad, un sujeto no válido para el poder y tendiente a generar el caos en todos los espacios en los que está presente (Silva e Silva, Garcia-Manso, Sousa da Silva Barbosa, Marzo, 2019).

Los estereotipos de género, funcionales al patriarcado, contribuyen a la construcción de la mujer débil, subordinada, incapaz de resolver situaciones por sí misma, “permitiéndole” acceder a determinados espacios de lo público y que además debe atender el hogar, producir hijos y cuidar de ellos. Los estereotipos dividen y catalogan a las mujeres en buenas y males, con funciones exclusivas de reproducción y maternazgo y consideran su cuerpo como fuente de placer. Así se naturalizan con la mirada “para el otro lado” de la sociedad que permite tremendo avasallamiento a sus derechos humanos.

Entre los efectos del patriarcado se evidencia en dos estructuras sociales:

Por un lado el llamado techo de cristal, generador de una barrera invisible que impide a las mujeres que cuentan con la idoneidad, el mérito y la experiencia necesaria -en iguales condiciones que los valores- para ascender en los ámbitos de trabajo. “Es imperceptible pero imposible de atravesar. Es invisible porque no existen leyes ni dispositivos sociales establecidos, ni códigos manifiestos que impongan a las mujeres semejante limitación, sino que está construido por barreras implícitas, informales y difíciles de detectar” (Burin, 1987).

social. La discriminación por género tiene su anclaje en antiguos estereotipos culturales y sociales que prescriben y determinan roles y funciones para varones y mujeres. Son estas prácticas discriminatorias las que excluyen y condicionan cotidianamente el acceso de las mujeres a sus derechos” (INADI,2008)

Por otro lado el piso pegajoso. Esta barrera coloca a las mujeres exclusivamente a cargo de las tareas domésticas, de cuidado y en general de toda la organización de la vida familiar, obstruyendo su ingreso o participación o en el mercado laboral, profesional y en general en el espacio público. No solo eso, en muchos casos realizan doble y hasta triple jornada laboral y además ejercen las tareas de cuidado o bien, sin alternativa resignan su crecimiento profesional por su familia.

La violencia contra las mujeres es una de las formas de manifestación de la desigualdad, resultado de una asimetría de poder que se traduce en relaciones de fuerza y dominación. De ese modo, la violencia basada en el género se constituye en un fenómeno social que influencia sobremanera el modo de vivir, de adolecer y de morir de las mujeres (Guedes, Silva, Fonseca, 2009). Claro ejemplo de las manifestaciones de desigualdad, subordinación y de relaciones de poder es la violencia machista, que atenta contra la dignidad, libertad e integridad de las mujeres independientemente de su nivel social, cultural, educativo o económico.

La violencia de género adopta distintas formas y contextos: a)física: a través de golpes, empujones, quemaduras, etc; b)psicológica: a través de amenazas, humillaciones, denigraciones, etc; sexual: tocamientos, abuso, etc; presentándose en el ámbito familiar o público y generando consecuencias que de una forma u otra perdurarán durante toda la vida de la víctima.

Vale citar, el modelo Duluth, (Proyecto de Intervención en Violencia Doméstica) nacido en Estados Unidos que fue el programa diseñado en 1980 para encarar la temática de violencia contra las mujeres en materia de su abordaje y prevención. Describe los ejes de la violencia a través de dos conceptos: “poder y control” (Vaccaro,2023).

El modelo describe a través de la llamada rueda de poder y control, un modelo de intervención con “hombres agresores”, centrado en mejorar la seguridad de “las víctimas” y remarcar la responsabilidad de los hombres



En ella se hace referencia a las actitudes de los hombres agresores en ese “ejercicio de poder y control”: a) Privilegio masculino: evidencia un marcado sesgo de género basado en estereotipos donde las decisiones y roles en el hogar son definidos por el hombre; b) abuso económico: generando dependencia hacia el hombre al evitar que obtenga sus propios recursos ; c) uso de coerciones o amenazas: de dejar a la mujer o abandonar a los niños o de alejar a los niños de su madre, incluye también amenazas de suicidio; d) Intimidación: a través de gritos, miradas amenazantes, destruyendo cosas de propiedad de la mujer o del hogar; e) uso del abuso emocional: control de sus actividades, juegos psicológicos, tacha de “loca o histérica” pretendiendo con ello poner en dudas

sus padecimientos; f) Culpabilizar: a la mujer como provocadora de las situaciones violentas; g) aislamiento: presiona hasta obtener el distanciamiento de familiares, amigas, eliminando su entorno y, finalmente, quizás una de las actitudes más terribles, h) la manipulación de las hijas e hijos: utilizar a los hijos para mantener el control, influenciar negativamente en estos contra la madre, agresiones a los hijos e hijas si defienden a la madre, amenaza con quitarlos, o hacerles daño.

Siguiendo a Vaccaro, este programa se amplía en el año 2013 con nuevas formas de violencia contra las mujeres, esta vez después del divorcio, generando una nueva “rueda” que gira siempre sobre el eje del “poder y control”, en las que describe actitudes tales como a) Influir negativamente en la madre; b) molestar y entorpecer el ejercicio de la maternidad; c) desacreditarla como madre; d) presionando desde lo económico para atraer a los hijos e hijas; e) quita del aporte económico y amenaza de quitarle a los hijos por no poder mantenerlos. Este cuadro de situación, es una muestra del grave padecimiento de las mujeres en el ámbito familiar bajo el poder del agresor.

159 /

El avance en los últimos tiempos permitió contar con una normativa importante tanto en el derecho interno como en el marco convencional constitucional, logrando que la violencia intrafamiliar y de género deje por fin de ser el “asunto familiar” en el cual no podía interferir el Estado ni la sociedad y definitivamente ser visibilizada y comprendida como una responsabilidad estatal y social contra la violencia machista.

En ese orden de ideas, la misma normativa fue ampliando el marco de protección extendiéndose también a los NNA⁴, víctimas

4. La Convención de los Derechos del Niño generó en los Estados el cambio modificando las leyes y políticas públicas adoptando medidas más firmes para proteger a la infancia y adolescencias contra la violencia y la explotación. “También ha hecho posible que más niños hagan oír sus voces y participen en sus sociedades”. Dos de sus derechos fundamentales son: 1) Derecho a la no discriminación: todo

de la violencia directa o indirecta de su progenitor, hasta entonces invizibilizados, quizás producto de concepciones sociales donde las niñeces o adolescencias parecieran estar ubicadas en una categoría inferior al adulto. En tal sentido se ha dicho que existe un sesgo adultocéntrico que percibe al adulto como maduro, racional, autónomo, competente, completo, público, independiente, trabajador, actor, visible y fuerte; definiendo al NNA como inmaduro, emocional, dependiente, objeto, invisible y vulnerable y por ello “bajo este sesgo es impensable que los NNA puedan ser iguales a los adultos en diversos aspectos, y por lo tanto, que en la práctica puedan tener los mismos derechos” (Casas, 2006)

Lo cierto es que cuando los NNA conviven con la víctima y el agresor, resultan víctimas directas o indirectas, lo que genera que tomen como ejemplo la conducta violenta del agresor entendiendo que es lo correcto por que quien lo hace es “su familia”, o que por el contrario presenten serios trastornos o conflictos emocionales, baja autoestima, signándose su vida adulta con repeticiones de iguales situaciones de violencia.⁵

\ 160

niño tiene derecho a no ser discriminado por ningún motivo; 2) Derecho al interés superior del niño: cualquier decisión, ley o política que pueda afectar a la infancia debe tener en cuenta que es lo mejor para el niño, señalando además que “todos los niños tienen derecho a vivir una vida libre de violencia, de respeto a su integridad física y psicológica, tanto en el espacio familiar como en las instituciones donde se desenvuelven” (UNICEF, “Convención de los Derechos del Niño” (unicef.org/es/convención-derechos-nino”). Por su parte, en el orden interno, la ley 26061 replicando la Convención, creó el sistema de Protección Integral de Derechos para NNA, considerando a éstos como sujetos de derechos.

5. “Por lo general, las secuelas son las mismas ya sea por violencia directa o por exposición, dependerá de cada menor, en cómo ha experimentado esa situación, así como ha influenciado el entorno, la resiliencia, las situaciones vividas, el tiempo que lleve viviendo éstas, la capacidad de expresar sentimientos...”(Cordero Martín, Lopez Montiel, Guerrero Barberán, 2017)

La separación en casos de violencia de género puede aumentar el riesgo de violencia contra los hijos debido a varios factores. Es importante destacar que la violencia de género es un fenómeno en el que existe una relación de poder desequilibrada y se ejerce control y dominio sobre una persona basado en su género y cuando se produce la separación, el agresor puede utilizar a los hijos como una forma de mantener ese control y continuar ejerciendo violencia hacia la víctima. Esa es la violencia vicaria como veremos seguidamente.

III.- Violencia Vicaria. Concepto y características. La relación con la violencia de género

La violencia machista continúa siendo un grave problema social y cultural que afecta a las mujeres por el hecho de serlo afectando su vida, integridad y dignidad, y que se extiende a los hijos e hijas de la pareja, siendo el principal objetivo del agresor causar daño físico y/o psicológico para continuar teniendo el control e incluso avanzar a extremos tales como dañar a sus propios hijos.

Desde lo racional, aparece como imposible y descabellado que un progenitor pueda adoptar estas conductas con la sola finalidad de lastimar a la madre, pero lo cierto es que ocurre cada vez con mayor frecuencia, siendo imprescindible tomar conciencia de ello para la prevención oportuna y brindar adecuadas medidas de protección a NNA que se encuentran dentro del entorno familiar o fuera de él (régimen de comunicación con el progenitor no conviviente) totalmente indefensos.

Estas conductas se enmarcan en la denominada violencia vicaria, entendida como una forma de violencia ejercida por el agresor-padre sobre hijos e hijas con la finalidad de causar un daño a la mujer- madre que decidió decir basta a la violencia de género a la que era sometida. Se trata de una violencia secundaria a la víctima principal, que es la mujer. El agresor pretende dañarla, pero a través de terceros-los hijos-

asegurándose así que el dolor llegue a la mujer de la manera más cruel.

La expresión “vicario” refiere a la sustitución o reemplazo de un individuo por otro en el ejercicio de una función o en la vivencia de una situación. Según la Real Academia española es: “El que tiene las veces, poder y facultades de otra persona o la sustituye”

El término violencia vicaria fue introducido por la psicóloga y clínica forense Sonia Vaccaro⁶. La autora refiere que el término aparece en un contexto pedagógico referido al “aprendizaje vicario” entendido como la posibilidad de aprender conductas siguiendo los modelos vistos en otras personas con las que se identifican, sin necesidad de práctica. Como forma de aprendizaje y control social, el “castigo vicario” dice “sería la cara B del refuerzo positivo. La conducta indeseada es inhibida en el observador al seguirse de un castigo ejemplar en otro cuerpo”⁷. Llevado a la violencia, entiende al concepto de violencia vicaria como la violencia que se desplaza sobre unas personas (hijos e hijas) para ir contra otra (la mujer). No es otra cosa que la violencia machista contra la mujer. Agrega:

“Lo que no se nombra no existe, aquello que no se puede mencionar, no cobra forma y no se puede comprender, de allí que darle un nombre a esta violencia fuera una deuda

6. Sonia Vaccaro se licenció en Psicología con la especialidad clínica y laboral en 1981 por la Universidad de Belgrano de Buenos Aires. Desde entonces trabajó como psicóloga, psicoterapeuta y perito forense. En Argentina fue integrante del Equipo de Investigación Interdisciplinaria en Violencia Familiar de la Dirección Nacional de Política criminal. En 2002 fijó su residencia en Madrid donde continuó su investigación sobre la violencia contra las mujeres y su trabajo en prevención, asistencia a las víctimas, formación de profesionales y supervisión de casos clínicos (fuente Wikipedia https://es.wikipedia.org/wiki/Sonia_Vaccaro)

7. Este castigo era utilizado en la antigüedad para aleccionar al heredero al trono. Para no comprometer su integridad física o lastimarle, se castigaba a un niño de su misma edad en su presencia (Vaccaro, 2023)

que quise sanjar con estas mujeres víctimas de la violencia ejercida por parte de un maltratador que solo pretendía ejercer “poder y control” sobre ellas y que no estaba dispuesto a claudicar en demostrarlo, sino que iba a “castigarlas” por haber “osado” dejarlo y romper la pareja”

Este tipo de violencia puede ocurrir en diferentes ámbitos, desde el hogar hasta el trabajo e incluye comportamientos como la intimidación, el control, la humillación, el aislamiento, la coerción y la violencia física y sexual. Claramente resulta perjudicial para los niños que la presencian, ya que puede influir en la forma en que ellos ven las relaciones y cómo actúan hacia los demás. Los niños pueden sentirse atrapados en un ciclo vicioso de violencia no solo porque han crecido en un hogar donde la violencia existe, sino que además el agresor –su padre- los convierte en el instrumento para dañar a su madre.

De acuerdo al concepto el hombre violento reacciona y está dispuesto a pasar a una acción mucho más violenta, ante el sentimiento de perder a quien creía de su propiedad y a su servicio y entonces utiliza a hijos o hijas para dañar a la madre. En algunos casos existe una manipulación psicológica previa a la madre mediante amenazas de que “se los va a quitar”, “que nunca los volverá a ver”; en otros casos llega directamente al extremo de sustraerlos y terminar con su vida. El agresor, disfruta el estado de incertidumbre y desesperación de la madre cuando el hijo desaparece, sabe que eso doblegará la fortaleza de la mujer, “sabe que ella no podrá protegerlos cuando estén con él, que ella no podrá ni tan siquiera evitar el maltrato sobre ellos, y, cuando los asesina, sabe que de ese golpe la mujer no podrá sobreponerse jamás, porque la vida de ella no será nunca la misma” (Vaccaro,2023-p.82).

Desde la mirada patriarcal, el hombre “jefe de hogar” ante la decisión de la mujer de poner fin a la pareja atravesada por el contexto de violencia, está dispuesto a destruir lo que considera que hace peligrar su poder. En tal sentido autores como Yardley, Wilson y Lynes

los llaman “aniquiladores de familia” porque para estos hombres, “el divorcio y la pérdida de su familia son vividos como un ataque a su masculinidad y matar a sus hijos es una forma impactante y dramática de gritarle al mundo: Miren lo poderoso que soy”

Cordero Martín (2017-p.3) refiere a utilizar a los hijos como instrumento para ejercer violencia contra la mujer:

“...en los últimos años hemos escuchado sucesos de agresores que acaban con la vida de los hijos e hijas de su pareja o ex pareja, a veces incluso cuando son descendientes propios de ese agresor. La razón que estos hechos constituyan una modalidad de violencia de género, es que el fin último que pretende el sujeto activo de esos ilícitos penales, no es otro que el causar el mayor daño posible a la madre de estos niños y niñas”

\ 164 Este tipo de violencia, en general, se presenta cuando el agresor ya no puede acceder directamente a la mujer, sea por el divorcio o separación o bien por mediar una medida de protección que restringe el acercamiento a los hijos o hijas. No obstante las medidas protectivas, el violento encuentra la forma de transgredirla continuando con los ataques, o en otros casos, sustituyen los ataques directos a la mujer a través de los hijos. Porter y Lopez Angulo (2021) adhieren a Vaccaro: “Es una violencia secundaria a la víctima principal, ya que si bien se quiere dañar a la mujer, el daño se hace a través de terceros, por interpósita persona. Al dañar a los hijos, y en su grado extremo, asesinarlos, el agresor se asegura que la mujer jamás podrá recuperarse”

En igual sentido, se afirma que cuando la violencia machista forma parte de la vida de la mujer y de los hijos, pueden manifestarse distintos grados de intensidad, pudiendo llegar al extremo del filicidio, término que deriva del latín “filius” que significa “hijo” y que consiste en el asesinato por parte de un progenitor (padre/madre) hacia un hijo propio o de la pareja (Ramallo Miñan, 2021)

Contraria a la postura de Vaccaro, Miguel Lorente (2021)⁸ considera que la violencia vicaria no es violencia de género, se puede utilizar dentro de la violencia de género, pero también en otros contextos violentos cuando se anteponga una persona para ocasionar un daño a otra. “Es lo que ocurre cuando alguien busca ajustar cuentas y secuestra a un hijo o a una hija de su objetivo y lo utiliza como forma de chantaje o para dañarlo directamente, situación que se produce con alguna frecuencia entre grupos criminales o en ajustes de cuentas entre organizaciones, o para obtener algún tipo de beneficio cuando se utiliza con empresarios o con alguien de la política”.

El autor entiende que para que el concepto sea claro debe hablarse de “violencia vicaria en violencia de género”, puesto que violencia vicaria puede atribuirse a otros contextos ajenos al maltrato machista como por ejemplo el secuestro de familiares de la persona amenazada. “Las víctimas sufren el mismo dolor, pero en el maltrato machista, que un padre mate a sus hijos, es parte de una violencia estructural y se basa en la identidad del hombre, que busca dominar a la mujer”

Por nuestra parte, adherimos a la teoría que considera la violencia vicaria como forma de violencia de género. Este tipo de violencia se caracteriza por que no se limita únicamente a los actos violentos directos hacia las mujeres, sino que también puede manifestarse de manera indirecta a través de aquellas acciones perpetradas contra sus hijos e hijas. El agresor tiene como objetivo dañar, controlar o causar sufrimiento a la mujer, generando un impacto emocional y psicológico profundo tanto en las víctimas directas como en los NNA que presencian y experimentan esa violencia llegando en casos extremos a poner fin a la vida de sus propios hijos cegado por la ira ante la pérdida de poder.

165 /

8. Profesor de Medicina Legal de la Universidad de Granada. ex-delegado de gobierno para la violencia de género en España entre el 2004-2008 y experto en violencia de género/violencia machista.

Sin dudas esta forma de violencia tiene raíces profundamente arraigadas en las normas de género, en las desigualdades y en los roles estereotipados que se les asignan a hombres y mujeres en nuestra sociedad y en cierta forma esta forma cruel de ejercer violencia refuerza la subordinación de las mujeres y perpetúa la desigualdad de género.

De ahí la importancia de visibilizar la violencia vicaria como una forma cruenta de violencia de género. Entender que se trata de esta forma de violencia, impone considerar a los hijos e hijas de las víctimas de violencia comprendidas en el ámbito de protección de la legislación específica de la violencia de género.

Características de la violencia vicaria. Factores de riesgo

\ 166

En este tipo de violencia se observan algunos mecanismos empleados por el agresor, a saber: a) Venganza: El agresor pretende vengarse de la víctima utilizando a los hijos como medio para infligir daño emocional o psicológico; b) Amenazas: El agresor puede amenazar con causar daño a los hijos si la víctima no cumple con sus demandas o si intenta alejarse. Su finalidad es generar miedo e inseguridad en la víctima y doblegarla; c) Manipulación: El agresor puede utilizar a los hijos como un medio de manipulación para mantener a la víctima bajo su control.

Es importante destacar que cuando la violencia vicaria no llega a extremos como tomar la vida de los hijos, igualmente produce consecuencias graves en el bienestar emocional y psicológico de los hijos, generando traumas, dificultades en las relaciones interpersonales y problemas de salud mental a largo plazo.

Se destaca entre sus características;

- 1- El agresor busca hacer daño a la víctima, en general lo concreta a través de los hijos o de personas a quien le mujer e tiene apego o cariño. Se cosifica a quienes son objeto del delito puesto que el único objetivo es destruir la vida de la mujer causándole un dolor extremo.
- 2- Es una forma de maltrato infantil: los NNA son considerados un mero objeto para el agresor y cuando no llega a las consecuencias extremas (asesinatos) afecta la dignidad, la salud mental de los hijos a la par de poner en riesgo su integridad y seguridad.⁹
- 3- Se presenta a través de distintas manifestaciones: a) daño directo a los hijos, hijas, seres queridos; b) Publicaciones de la mujer de contenido erótico y con la intención de desestimularla, c) Causar daño a objetos preciados o recuerdos, d) el agresor amenaza a los NNA para obtener información sobre la madre.

Claramente, en la violencia vicaria, hay varios factores de riesgo que pueden aumentar la probabilidad de que se produzcan actos de violencia contra los niños o niñas por parte del agresor como una forma de dañar o ejercer control sobre la madre.

167 /

Algunos de estos factores de riesgo incluyen:

1. Violencia doméstica previa: Si ha habido casos anteriores de violencia doméstica en la relación de pareja, existe un mayor riesgo de que el agresor recurra a la violencia vicaria como una forma de continuar ejerciendo control y causar daño.

9. Lorente afirma “La violencia vicaria en una forma de deshumanización de los menores. No piensan que están matando a sus hijos, sino que están rompiendo el objeto que tenía dentro al niño que ya han perdido, especialmente en separaciones en las que consideran que el resto de su familia deja de ser de su propiedad. Los agresores dejan de ver a los menores como personas, entienden que son una “representación de su fracaso” y buscan imponerse, defender su imagen y su posición frente a la mujer”

2. Historia de abuso infantil: Si el agresor ha sufrido abuso en la infancia, es más probable que repita patrones de violencia hacia los hijos o hijas como forma de perpetuar el ciclo de violencia.
3. Patrones de dominancia y control: Los agresores que buscan ejercer poder y control sobre sus parejas son más propensos a utilizar la violencia vicaria como una táctica adicional para mantener la sumisión de la madre.
4. Creencias machistas y de desigualdad de género: Aquellos que tienen creencias arraigadas de desigualdad de género y piensan que las mujeres son inferiores o tienen un rol subordinado, tienen más probabilidades de utilizar la violencia vicaria para dañar a las madres y reforzar su posición de poder.
5. Aislamiento social: El aislamiento social de la mujer y su falta de apoyo puede aumentar el riesgo de violencia vicaria, ya que el agresor puede sentirse más libre de actuar sin consecuencias o ser descubierto.
6. Problemas de salud mental y adicciones: Los agresores con problemas de salud mental no tratados o dependencia de sustancias tienen mayor riesgo de utilizar la violencia vicaria como una forma de expresar su ira e inestabilidad emocional.

Resulta de vital importancia, identificar y comprender estos factores de riesgo, en particular en aquellos casos sometidos a proceso judicial donde se discute el cuidado personal de los hijos o el régimen de comunicación para así poder adoptar medidas preventivas más efectivas para proteger a los niños y niñas de un riesgo potencial. Constituye una alerta al sistema judicial en la diferenciación que normalmente se hace entre la violencia contra la mujer y el vínculo

parental del agresor con los hijos. "...existe una contradicción en la afirmación de que una misma persona pueda actuar de forma dañina con su pareja y a la vez desarrollar un vínculo saludable con los hijos e hijas. Este vínculo se distorsiona y produce graves alteraciones sistémicas en las relaciones familiares que influirán negativamente en el desarrollo y bienestar de los hijos e hijas" (Porter-Lopez Angulo. ob.cit (2022).

IV- Casuística

Se han extraído casos del derecho comparado que permiten identificar la magnitud del problema, citando en algunos de ellos la decisión de los tribunales

Colombia¹⁰:

Sentencia T-172 (2023) Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional definió y estableció los alcances de las distintas formas de violencia, entendiendo como violencia vicaria:

“...cualquier acción u omisión que genere daño físico, psicológico, emocional, sexual, patrimonial o de cualquier índole a familiares, dependientes o personas afectivamente significativas para la mujer con el objeto de causarle un daño. Se trata de una violencia indirecta que tiene como fin afligir a una persona instrumentalizando a un tercero, especialmente a un niño. Es una forma de violencia que se ha convertido en una antesala del femicidio...”

Sentencia T-245 A (2022) Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional resuelve la petición del padre en cuanto a obtener el

10. La violencia vicaria no está reconocida en el marco jurídico colombiano

cuidado del hijo por las fotografías y videos que publicaba la madre en redes sociales. Previa intervención del equipo interdisciplinario, consideró que se trataba de una conflictiva adulta y que tales publicaciones no vulneraban derechos del hijo.

“La Sala consideró que la manipulación de los hijos por uno de los padres divorciados o separados no solo constituye violencia psicológica sino que también puede, en determinados escenarios, convertirlos en instrumentos para ejercer violencia vicaria.

Además, esta situación constituye una injerencia arbitraria en el nuevo núcleo familiar monoparental que surge, y una vulneración de los derechos de los niños y niñas a la intimidad familiar y a vivir en un ambiente sano”

No obstante, sin perjuicio de dejar en claro que con las publicaciones no se vulnera el derecho a la imagen del niño ni se constató tampoco una sobreexposición del mismo en las redes sociales considero necesario ordena a la madre “que antes de realizar una publicación que involucre a su hijo, valore los riesgos y amenazas que se generan con la exposición de su imagen en las redes sociales que utiliza”

Dos casos emblemáticos:

1. El niño Gabriel fue asesinado por su padre el 1 de octubre de 2022 en un hotel de Melgar. La investigación concluyó que se trataba de una venganza contra la madre del niño, ya que hace un tiempo se había separado y luego consiguió nueva pareja (<https://cambiocolombia.com/articulo/pais/que-es-la-violencia-vicaria-y-por-que-se-relaciona-con-el-caso-del-pequeno-gabriel>)
2. Una niña de ocho años fue asesinada por su padre en casa de éste, de cuatro puñaladas que le propinó. El padre declaró ante las autoridades que mató a su hija para vengarse de su ex esposa. Cuando la niña ya había muerto, el agresor se produjo tres heridas en el cuello, el estómago y una pierna, pretendiendo morir

junto con su hija. Declaró que había dejado cartas a familiares y a un periódico donde relataba que todo lo había hecho por celos ya que su ex esposa tenía un amante.(<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1280681>)

España:

Caso Angela Gonzalez Carreño: El 3 de septiembre de 1999, Ángela González Carreño huyó con su hija Andrea después de que su marido, Felipe Rascón, la agrediera en la cocina a punta de cuchillo. La niña tenía entonces 3 años, y ya había cumplido los 7 cuando su padre le descerrajó un tiro mortal. Después mató a su perra y se suicidó. Solo unas horas antes de asesinar a la niña, a la salida de una audiencia judicial, se había acercado a su ex mujer para decirle “te quitaré lo que másquieres”. La madre hasta aquel mismo día, cursó 51 denuncias en juzgados y comisarías, suplicando que no permitieran al padre quedarse a solas con la niña.

Angela demandó al Estado español por responsabilidad patrimonial por incumplir con la Convención contra todas formas de Discriminación contra la Mujer en vigencia en España desde 1984. Se trató de la primera condena por violencia de género contra España ante instancias internacionales como consecuencia del actuar negligente de las autoridades. La sentencia obliga a la Administración a indemnizar a Ángela González Carreño con 600.000 euros. Y reconoce el daño que la Justicia española le infligió, daño que “se produjo por la desprotección que ha soportado durante años ante una clara situación de discriminación, antes y después del fallecimiento de su hija.

El Comité señalaba: “*se deben tomar en cuenta los antecedentes de violencia de género en los procedimientos de determinación de custodia y del régimen de visitas de los niños y niñas para que no se ponga en peligro la seguridad de las víctimas de violen-*

cía, incluidos sus hijas e hijos". Afirmaba que "los estereotipos afectan negativamente el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial y que las autoridades judiciales españolas aplicaron nociones estereotipadas acerca de la naturaleza y la gravedad de la violencia de género, así como el derecho d vistas de los padres maltratadores con sus hijos e hijas".

Caso Anna y Olivia de Tenerife: Las niñas Olivia, de seis años, y Anna, de 1, fueron secuestradas en Canarias por su papá, Tomás Antonio Gimeno, el 27 de abril de 2021 para castigar a su ex esposa quien se encontraba en otra relación de pareja con un empresario belga 26 años mayor que ella. "No quiero que ese viejo cuide de mis hijas" fue el terminante reclamo del padre. Habría sedado a sus hijas, las habría arrojado al mar y luego se habría suicidado. "No volverás a verlas", le había sentenciado varias veces por teléfono. El cadáver de una de las niñas –Olivia- fue hallado a 1000 metros de profundidad, en una bolsa atada al ancla de la embarcación de su padre.

Caso Leo de Barcelona: un bebé de dos años y nueve meses, fue asfixiado por su papá, el argentino Martín Ezequiel Alvarez Giaccio, el 24 de agosto de 2021 para destrozar a su mujer, de la que se estaba separando. "Te vas a arrepentir", fue la expresión de amenaza del agresor cuando ella planteó la separación. Retiró al niño con la excusa de dar un paseo, se alojó con el nene en una habitación del hotel Concordia de Barcelona. Estuvo con su hijo en la piscina, le sacó fotos y le hizo videos. Por la noche, una cámara de seguridad registró el modo siniestro en el que se escapó del hotel dejando el cuerpo de su hijo en la habitación. Tres semanas después de haber asfixiado a su bebé y haberse fugado, el cuerpo de Alvarez Giaccio fue hallado en una zona boscosa cerca del aeropuerto de Barcelona El Prat. Se había ahorcado.

VI-La violencia vicaria en Argentina

En Argentina, la violencia vicaria no está específicamente regulada en el marco de legal de violencia familiar y de género. Sin embargo, existen disposiciones legales y mecanismos de protección que pueden aplicarse en casos de violencia vicaria. Veamos

En primer lugar: el marco jurídico internacional: Aplicable al derecho interno en virtud de los tratados internacionales incorporados al derecho interno a través del art. 75 inc. 22 a lo que debe sumarse el inc. 23 del mismo artículo que impone al Estado Argentino “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Los instrumentos internacionales reconocen la violencia contra las mujeres como una violación a los derechos humanos y sus libertades fundamentales. De igual manera –a nivel internacional- también se brinda protección a NNA.

173 /

De dichos instrumentos, pueden destacarse:

1. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que reconoce a la violencia de género como una *“forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”* (Recomendación General Nº 19). Además impone a los Estados Parte a adoptar medidas destinadas a eliminar la discriminación contra la mujer en todos los ámbitos: educación, salud, empleo, etc.
2. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer: aborda la violencia contra la mujer reconociendo expresamente que no constituye un asunto privado. Define a la violencia contra la mujer: *“... todo acto de violencia basado en la*

pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada”

3. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belen Do Para): define la violencia contra las mujeres “...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Establece además el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias, considerando la violencia como una violación a los derechos y libertades fundamentales. Por otra parte señala claramente los compromisos de los Estados Parte en la erradicación de la violencia:

\ 174

“Artículo 7: Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar

todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”

3. Convención de los Derechos del Niño: Reconoce los derechos de NNA que establece cuatro principios fundamentales: el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, la participación infantil y la no discriminación. Establece en el art. 7 el derecho de todo NNA a vivir en familia con la salvedad que ello sea contrario a su interés superior:

175 /

- 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad*

de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

En nuestro derecho interno, tres leyes se vinculan a la violencia vicaria, dos del ámbito civil y una del penal como veremos seguidamente:.

1-Ley 26485: Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrolle sus relaciones interpersonales”. Sancionada en el año 2009 esta ley está basada principalmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará).

Al ser de orden público, es una ley transversal a todas las ramas del derecho, imperativa e irrenunciable; es decir que no puede ser dejada sin efecto por acuerdo de partes y aplicable en todo el territorio nacional. En su art. 4 define como violencia contra las mujeres, considerando tal toda conducta, acción u omisión, “*que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal*”.

Aclara que “quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes” y considera como “violencia indirecta”, “*toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón*”.

Establece y define cinco tipos de violencia contra la mujer y seis modalidades. Los tipos de violencia son: física, psicológica, sexual,

económica y patrimonial y simbólica (artículo 5). Las modalidades son: violencia doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática (art. 6).

La ley garantiza el acceso a justicia de las mujeres víctimas de violencia, reforzando la obligación del estado en el tratamiento institucional de las víctimas estableciendo expresamente en el decreto 1011/2010 que reglamenta el inciso k) del artículo 3º:

“Se entiende por revictimización el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarios, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro”

177 /

2- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Prácticamente replica los contenidos de la Convención de los Derechos del Niño, estableciendo el principio del interés superior del NNA como guía para todas las decisiones que los involucren, lo que implica la adopción de medidas para garantizar su bienestar y protección en situaciones de violencia, ya sea directa o indirecta.

3-Código Penal Argentino, art. 80 inc. 1 y 12 incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012). La norma expresa:

ARTICULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:...inc.1: A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia...inc. 12 Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º.

Esta normativa es lo que más se acerca a la regulación de la violencia vicaria en el ámbito nacional. El inc. 12 regula el homicidio agravado por venganza transversal¹¹, aludiendo al caso de quien da muerte al tercero inocente con el propósito de causar sufrimiento en la persona con quien se ha mantenido o se mantiene una relación de pareja convivan o no.

Buompadre (2013), sostiene que independientemente del hecho físico o material de la muerte de una persona, este homicidio se caracteriza subjetivamente, por cuanto al dolo propio de todo homicidio se añade un elemento subjetivo del injusto típico consistente en el logro, la búsqueda, el propósito, de causar un sufrimiento en otra persona ligada a la víctima. Se mata “para” que otro sufra.

Por su parte, Rico (2015)¹² citado por Civale (2015) explica claramente el concepto de violencia vicaria bajo la denominación femicidio vinculado o conexo y expresa:

11. Terragni (2014) al comentar este artículo lo ejemplifica con un drama mitológico: Jasón y Medea se vieron obligados a dejar Yolco partiendo hacia Corinto, llamados por los habitantes de esa ciudad sobre la que Medea pretendía tener derechos al trono. Allí Jasón acordó con el rey Creonte abandonar a Medea -a la que el rey quería expulsar de Corinto- para unirse a su hija, la princesa Glauca. Medea, entonces, arrastrada por los celos, envió a Glauca como regalo de bodas un manto de irresistible belleza. Cuando Glauca lo recibió de manos de la sirvienta de Medea se lo puso de inmediato, liberando la magia contenida en él que la convirtió en una tea llameante. Las llamas consumieron totalmente a ella y a su padre, Creonte, que se abalanzó sobre ella con la intención de salvarla. A continuación, y para hacerle el máximo daño a Jasón, Medea mató a los dos hijos que habían tenido en común. En la tragedia de Eurípides es Medea quien envía a sus dos hijos con el manto para Glauca. Medea sabía que mataría a sus hijos si los mandaba con el

presente, pero sus deseos de venganza contra Jasón eran mayores que el amor por ellos.

12. Ada Rico es cofundadora de La Casa del Encuentro (espacio para el activismo feminista donde se debate la situación de las mujeres, y acompañan a víctimas de violencia). Es Directora del Observatorio de Femicidios en Argentina.

“En los casos de homicidios vinculados de niños y niñas vemos como el agresor considera también a ellos como objetos, o como el medio para lograr su propósito: seguir controlando al objeto de su violencia, a esa mujer a quien considera de su propiedad. Porque el varón violento piensa que puede hacer con la mujer con la que tiene o ha tenido un vínculo afectivo lo que deseé, incluso atacar los afectos más queridos de ella, como lo es un hijo o una hija. El objetivo que tiene el agresor es destruir psicológicamente y “castigar” a esa mujer que decidió “no obedecer” o terminar una relación. El violento utiliza a los hijos y a las hijas como un medio para lograr su fin y para demostrar su supremacía, le saca lo que más quiere y lo que más le importa a esa mujer. De esta forma, el piensa que ella nunca podrá olvidarse de él y de esa forma cree que sigue en control de su vida”

A modo de ejemplo citamos el caso Expte. N° 179/2012 “Cuello Adalberto Rul S/ Homicidio Agravado (Art. 80, Inc. 2º C.P.)”.- Tribunal Oral N° 1 Junin- Pcia de Bs As 18 de diciembre de 2012. El Tribunal condenó a Cuello por el homicidio del niño Tomás Santillan, entendió que el autor

179 /

“...aprovechándose de resultar conocido de la víctima Tomás Dameno Santillán, por ser hijo de su ex concubina y valiéndose de la pequeña contextura física del menor que impedía la posibilidad de defenderse, a sabiendas de dicha circunstancia y ante el convencimiento de actuar sobre seguro y sin riesgo para sí, mediante golpes contundentes aplicados con un elemento romo y duro en la zona craneal, abdominal, lumbar y en extremidades, que provocaron traumatismo de cráneo encefálico severo, múltiples fracturas craneanas, daño neurológico, hemorragias subaracnoides, lesiones en rostro, miembros superiores e inferiores, dorso y zona lumbar, todas de carácter vital, de manera cruel y prolongada, causó la

muerte de Tomás Dameno Santillán, abandonando posteriormente el cuerpo en la citada zona rural.-

Los jueces consideraron como agravante la alevosía de la indefensión del niño y sostuvieron que el crimen se enmarcó en un caso de violencia de género. El fallo afirma que Cuello le “pegó donde más le podía doler” a su ex pareja, Susana Leonor Santillán, porque para él Tomás “era una forma de herir a la madre” además que lo culpaba de la ruptura amorosa con su madre.

Es importante destacar que, si bien la norma no define expresamente al delito como violencia vicaria, el fallo resulta una muestra de la interpretación de los tribunales en ese sentido, reconociendo la existencia de esta forma de violencia.

Como vemos, la regulación desde el derecho penal contempla la violencia vicaria pero sancionando el delito, es decir, una vez que este ha acontecido. No tiene una función preventiva toda vez que el derecho penal es de naturaleza sancionatoria, es decir, sanciona la conducta descripta en la norma y de conformidad a los instrumentos internacionales ya citados. No es un dato menor que el delito queda sin resolver cuando el autor se suicida como ocurre en la mayoría de los casos.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la violencia vicaria abarca más situaciones que el homicidio agravado por el vínculo. Puede incluir –como lo expresáramos– también otros tipos de violencia, como la psicológica o la manipulación emocional, que pueden perjudicar a los hijos e hijas en situaciones de violencia familiar, lo que hace necesario también su abordaje y prevención a través de la legislación civil como modo también de evitar que llegue a su consecuencia más extrema: la muerte de los hijos e hijas. En estos casos, es imprescindible la sanción de leyes o reformas a las existentes para brindar una tutela judicial efectiva y consecuentemente proteger a las víctimas (mujeres e hijos e hijas) y sancionar a los agresores.

Para analizar la incorporación de la violencia vicaria a nuestra legislación se debe tener en cuenta la “función preventiva” indicada en el Libro Tercero, Título V de la Sección 2^a del Código Civil y Comercial. La norma hace referencia al llamado “principio de preventión”, entendido como uno de los principios generales del derecho. Al instituir la función preventiva del daño impone como deber genérico de toda persona -en cuanto de ella dependa- de evitar causar un daño no justificado (art. 1710, inc. a), y adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud (inc. b) y no agravar el daño, si ya se produjo (inc. c). Asimismo, el art. 1711 dispone que “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión anti-jurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Es decir, que procede frente a cualquier acción u omisión anti-jurídica que amenace con producir un daño, o producido éste sea previsible su continuación, o su agravamiento.

Ahora bien, desde la legislación específica, la Ley 26485, debemos tener presente que esta norma persigue, entre otros objetivos, promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia, el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia y la asistencia integral de las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados en violencia (artículo 2°, incs. b), f) y g). Se trata de mandatos concretos de protección cuya responsabilidad de cumplimiento es del Estado.

En ese marco, si el objeto de la ley es la de visibilizar, prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, resulta necesaria la incorporación en la ley 26485 de la violencia vicaria como una forma más de violencia que atraviesan las mujeres, toda vez que esta forma nefasta lesiona sus derechos humanos a la dignidad e integridad como la de sus hijos e hijas, por lo cual merecen una efectiva protección.

Actualmente existe un proyecto presentado en Cámara de Diputados de la Nación que se incorpora al presente trabajo como Anexo I.

Conclusión

Hemos analizado en este trabajo la violencia vicaria como una forma más de violencia de género. Ciento es que el conocimiento sobre la violencia vicaria es un campo de estudio relativamente nuevo aunque ha habido avances significativos en los últimos años, al menos a través de la interpretación de los tribunales. Esto nos permite las siguientes afirmaciones:

1.-No existen dudas que la violencia vicaria es una forma de violencia de género contra las madres en la que los NNA son utilizados como instrumentos por parte de uno de los padres para ejercer control o dañar al otro progenitor.

2.- Se ha identificado una serie de factores de riesgo que pueden contribuir a la aparición de la violencia vicaria, como antecedentes de violencia doméstica, conflictos prolongados entre los progenitores y trastornos de la personalidad de los perpetradores. Sin embargo, es necesario seguir investigando para comprender mejor cómo estos factores interactúan y contribuyen a la violencia vicaria.

3. La violencia vicaria, por su intensidad, tiene graves consecuencias para el bienestar de los niños. Puede afectar su salud mental, emocional y social, así como su capacidad para establecer relaciones saludables en el futuro.

4. Si bien existen programas de intervención y prevención de la violencia de género, aún hay pocas opciones específicas dirigidas a abordar la violencia vicaria. Resulta fundamental la intervención de los operadores de justicia en cada caso de violencia familiar y de género que involucre el ejercicio de la responsabilidad parental, para evitar situaciones que puedan poner en peligro la vida de NNA. Ha

de comprenderse que la relación entre la responsabilidad parental y la violencia vicaria es compleja toda vez que la responsabilidad parental implica el cuidado, la protección y la crianza adecuada de los hijos por parte de ambos progenitores, pero sin embargo se impone –y allí es fundamental la intervención de los equipos interdisciplinarios- un abordaje integral de cada caso, evitando así que los hijos e hijas se conviertan en el instrumento de la violencia vicaria de sus progenitores violentos, siendo utilizados como una táctica de control a la madre durante conflictos de pareja o separaciones o bien llegar a extremos como poner fin a la vida de los hijos e hijas. Es fundamental abordar esta temática para brindar adecuada y efectiva protección, prevenir consecuencias nefastas y promover entornos seguros y protectores para los niños. Evitar en definitiva que el derecho llegue tarde...

Debemos tener presente que los derechos en juego son derechos humanos de las mujeres y de los niños, niñas y adolescentes. Siguiendo a Dworkin, son derechos inalienables, inherentes a su dignidad como seres humanos. Estos derechos no deben ser violados por ningún individuo o institución, incluyendo el Estado, quien debe adoptar medidas para prevenirla y proteger a los niños y niñas involucrados. Esto incluiría la implementación de leyes y políticas públicas que promuevan la igualdad de género y el respeto por los derechos humanos, así como el apoyo a las víctimas de violencia vicaria y la sensibilización sobre el problema.

Recordemos que la violencia vicaria es una clara violación de los derechos humanos de los niños y niñas involucrados, ya que se les causa daño físico, emocional y psicológico, e implica claramente una violación de los derechos humanos de la madre.

Resulta imperioso advertir a tiempo las asimetrías estructurales que hacen a la violencia de género para así poder identificar las distintas formas que asume el control el dominio y control patriarcal, que claramente incluye la violencia vicaria contra los NNA. Esta será la única forma de asegurar y garantizar el derecho humano a vivir una vida libre de violencias.

Anexo I

H. Cámara de Diputados de la Nación “2022”

PROYECTO DE LEY

El Senado y La Cámara de Diputados de la Nación..., sancionan con fuerza de

LEY: VIOLENCIA VICARIA. MODIFICACIONES A LA LEY N° 26.485 DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS AMBITOS EN QUE SE DESARROLLEN SUS RELACIONES INTERPERSONALES

Artículo 1°.- El objeto de la presente ley es visibilizar, prevenir y erradicar la violencia vicaria contra la mujer, como así también, procurar el acceso a la justicia y la asistencia integral de ella y de sus hijos, hijas y personas que integran su grupo familiar y afectivo desde una perspectiva de género y derechos humanos.

Artículo 2°.- Declárase de interés nacional la visibilización, sensibilización, prevención y erradicación de la violencia vicaria contra las mujeres.

Artículo 3°.- Sustitúyase el artículo 4° de la Ley N° 26.485, el que queda redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 4º — Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, su seguridad personal, como así también sus relaciones familiares o afectivas. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.”

Artículo 4º.- Incorpórese como apartado 7 del artículo 5º de la Ley N° 26.485, al siguiente: “7.- Vicaria: cualquier conducta, ya sea por acción u omisión, que se ejerza sobre los/as hijos/as y/o personas del grupo familiar o afectivo de la mujer y que tengan por objeto o por resultado menoscabar sus relaciones familiares o afectivas, su integridad física, psicológica, económica o patrimonial.”

Artículo 5º.- Sustitúyase el inciso a) del artículo 6º de la Ley N° 26.485, por el siguiente: “a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

Quedan comprendidas aquellas conductas que, por acción u omisión, se ejerzan sobre los/as hijos/as y/o personas del grupo familiar

o afectivo de la mujer y que tengan por objeto o por resultado afectar sus relaciones familiares o afectivas, su integridad psicológica, física, económica o patrimonial.”

Artículo 6°.- Sustitúyase el inciso b) del artículo 6° de la Ley N° 26.485, por el siguiente: “b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. De igual manera, se incluyen las conductas, que por acción u omisión, se ejerzan sobre los/as hijos/as y/o personas del grupo familiar o afectivo de la mujer y que tengan por objeto o por resultado afectar sus relaciones familiares o afectivas.

Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.”

Artículo 7°.- Sustitúyase el inciso f) del apartado 4 del artículo 11 de la Ley N° 26.485, por el siguiente:

“f) Asegurar la asistencia especializada de los/ as hijos/as testigos de violencia y/o que hayan sido víctimas de violencia vicaria, así como también de las personas que integran el grupo familiar o afectivo de la mujer si correspondiese.”

Artículo 8°.- Sustitúyase el inciso c) del apartado 5.1 del artículo 11 de la Ley N° 26.485, por el siguiente:

“c) Promover la unificación de criterios para la elaboración de los informes judiciales sobre la situación de peligro de las mujeres que padecen violencia, los que deberán tener en cuenta la situación de los/as hijos/as y personas que integran el grupo familiar o afectivo de la mujer si correspondiese.”

Artículo 9°.- Sustitúyase el inciso a) del artículo 14 de la Ley N° 26.485, por el siguiente: “a) Recolectar, procesar, registrar, analizar, publicar y difundir información periódica y sistemática y comparable diacrónica y sincrónicamente sobre violencia contra las mujeres e incluir, en el caso de tratarse de violencia vicaria, el impacto producido sobre sus hijos/as y personas que integran su grupo familiar o afectivo.”

Artículo 10.- Sustitúyase el artículo 29 de la Ley N° 26.485, por el siguiente:

“ARTICULO 29. — Informes. Siempre que fuere posible, el/la juez/a interviniente podrá requerir un informe efectuado por un equipo interdisciplinario para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre.

187 /

Dicho informe será remitido en un plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, a efectos de que pueda aplicar otras medidas, interrumpir o hacer cesar alguna de las mencionadas en el artículo 26.

El/la juez/a interviniente también podrá considerar los informes que se elaboren por los equipos interdisciplinarios de la administración pública sobre los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer, los que deberán también tener en cuenta, si correspondiese, la situación de los/as hijos/as y personas que integran el grupo familiar o afectivo de la mujer, y la situación de peligro, evitando producir nuevos informes que la revictimicen.

También podrá considerar informes de profesionales de organizaciones de la sociedad civil idóneas en el tratamiento de la violencia contra las mujeres”.

Artículo 11.- Invítese a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adoptar, en el ámbito de sus jurisdicciones, las medidas apropiadas para visibilizar, prevenir y erradicar la violencia vicaria.

Artículo 12.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Fundamentos

Sr. Presidente:

Este proyecto de ley tiene por objeto visibilizar, prevenir y erradicar la violencia vicaria contra las mujeres, como así también, procurar el acceso a la justicia y la asistencia integral de ella y de sus hijos, hijas y personas que integran su grupo familiar y afectivo desde una perspectiva de género y derechos humanos, mediante una serie de modificaciones a la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrolle sus relaciones interpersonales.

“La violencia vicaria, es un concepto acuñado y definido desde el año 2012 por Sonia Vaccaro, Psicóloga clínica y perita judicial. Experenta en victimología y violencia contra las mujeres, sus hijas e hijos. Y se define como aquella violencia contra la madre que se ejerce sobre las hijas e hijos con la intención de dañarla por interpósita persona” (Vaccaro, Sonia E. Violencia Vicaria: un golpe irreversible contra las madres. Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema. 2021).

De conformidad con lo que establece la Constitución Nacional, corresponde a este Congreso “proveer lo conducente al desarrollo humano” y “sancionar leyes que aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna” (Art. 75 Inc. 19). Como así también, “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno

goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de (...) las mujeres” (Art. 75 Inc. 23).

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), establece que “los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (Art. 3), comprometiéndose a: “a) Consagrar en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas” (Art. 2).

Tal como establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, “el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia por razón de género es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos, a saber: los derechos a la vida, la salud, la libertad y la seguridad de la persona, la igualdad y la misma protección en el seno de la familia” (Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer. CEDAW/C/

GC/35). De igual manera, indica que “la buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres” (Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33).

En este sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) establece que “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer” (Art. 2), que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: el derecho a que se respete su vida; su integridad física, psíquica y moral; la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia: el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley” (Art. 4), entre tantos otros.

En el año 2009, este Congreso sancionó la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales. Este instrumento ha sido pionero en América Latina y ha significado un gran avance en materia de visibilización, sensibilización y prevención de violencias de género. Proponemos actualizar la normativa incorporando un nuevo tipo de violencia, el que se encuentran atravesando muchas mujeres. Se entiende por violencia vicaria a cualquier conducta, ya sea por acción u omisión, que se ejerce sobre los hijos, hijas y/o personas del grupo familiar o

afectivo de la mujer y que tienen por objeto o por resultado menoscabar sus relaciones familiares o afectivas, integridad física, psicológica, económica o patrimonial.

En este sentido, se establece que este tipo de violencia puede En la modalidad de violencia doméstica (aquella ejercida por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra) y/o de violencia institucional (aquella realizada por las/ los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano).

Se dispone, además, que el Ministerio de Salud de la Nación, deberá asegurar la asistencia especializada de los/ as hijos/as testigos de violencia y/o que hayan sido víctimas de violencia vicaria, así como también de las personas que integran el grupo familiar y afectivo de la mujer si correspondiese. También, se grega a uno de los lineamientos básicos destinados a la Secretaría de Justicia de la Nación que al promover la unificación de criterios para la elaboración de los informes judiciales sobre la situación de peligro de las mujeres que padecen violencia, se deberá tener en cuenta la condición en la que se encuentran los hijos, hijas y personas que integran el grupo familiar y afectivo de la mujer si correspondiese.

En este sentido, se establece que en la función que tiene el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres de recolectar, procesar, registrar, analizar, publicar y difundir información periódica y sistemática y comparable diacrónica y sincrónicamente sobre violencia contra las mujeres, deberá incluirse aquella información relevante en materia de violencia vicaria.

En suma, este proyecto de ley instará a la creación de medidas y políticas públicas que tiendan a elevar la calidad de vida de las mujeres, de sus hijos, hijas y personas que integran su grupo familiar y afectivo, y a visibilizar, prevenir y erradicar la violencia vicaria, como así también, procurar el acceso a la justicia y la asistencia integral desde una perspectiva de género y derechos humanos.

Por todo lo expuesto, solicito a las Sras. y Sres. Diputados de la Nación que acompañen el presente PROYECTO DE LEY

Referencias Bibliográficas

\ 192

- Buompadre, Jorge E. "Los delitos de género en la reforma penal (Ley Nº 26.791)" Link:<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>
- Burin, Mabel, (1987)) "Estudios sobre la subjetividad femenina. *Mujeres y Salud Mental*", Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano.
- Casas, F (2006) "Infancia y representaciones sociales. Política y Sociedad"-vol.43, nro 1-p.27-42.
- Civale, Mariela (2015) "La figura del femicidio en Argentina: Interacciones y reformas legislativas" (P)[W] T. G. Abo. Civale, Mariela. pdf)
- Cordero Marín, Guadalupe-Lopez Montiel, Carmen- Guerrero Barberán, Ana Isabel (2017) "Otra forma de Violencia de Género: la instrumentalización. ¡Donde más te duele!" p.59-170-189. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6588970>
- INADI (2008). "Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación". Boletín Oficial de la República Argentina.
- Lorente, Miguel (2021) "Violencia Vicaria" <https://miguelorenteautopsia.wordpress.com/2021/06/15/violencia-vicaria/>
- Orjuela Ruiz, Astrid (2012) "El concepto de violencia de género en el derecho internacional de los derechos humanos" Revista Latinoamericana de Derechos Humanos 23 89 Volumen 23 (1), I Semestre 2012 (ISSN: 1659-4304).

- Porter, Bárbara-Lopez Angulo, Yaranay (2022) “*Violencia vicaria en el contexto de la violencia de género: un estudio descriptivo en Iberoamerica*” Revista de divulgación científica de la Universidad Tecnológica Indoamerica (<https://doi.org/10.33210/ca.v11i1.381>)
- Silva e Silva, Garcia-Manso, Sousa da Silva Barbosa, Marzo, (2019) “*Una revisión histórica de las violencias contra mujeres*” [<https://www.scielo.br/j/rdp/a/W5tYmvnkcKwLvPT6vjKqxrr#>]
- Vaccaro, Sonia (2021) “*Violencia Vicaria. Un golpe irreversible contra las madres. Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema*” Ed. Asociación de Mujeres Psicología feminista -Andalucía. España.
- Vaccaro, Sonia (2023) “*Violencia Vicaria. Una modalidad extrema de violencia de género*” Ed Had-hoc- p.67-82)

Páginas/ sitios web:

- <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6588970> 193 /
- <https://www.scielo.br/j/rdp/a/W5tYmvnkcKwLvPT6vjKqxrr#>
- <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cje-reconocer-la-perspectiva-de-genero.pdf>
- (<https://doi.org/10.33210/ca.v11i1.381>)
- <https://miguelorenteautopsia.wordpress.com/2021/06/15/violencia-vicaria/>
- <https://cambiocolombia.com/articulo/pais/que-es-la-violencia-vicaria-y-por-que-se-relaciona-con-el-caso-del-pequeno-gabriel>
- <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1280681>
- <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>
- <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-7715-2012-12-21.html>

La propiedad privada y su
protección jurídica en el ámbito
de la República Argentina.
La recuperación de bienes
inmuebles en conflicto con la
vivienda digna

| Jaimez, Claudia Viviana |

La propiedad privada y su protección jurídica en el ámbito de la República Argentina. La recuperación de bienes inmuebles en conflicto con la vivienda digna

1.1. Introducción.

1.2. *Planteamiento del problema de investigación.*

1.3. *Importancia de la Disciplina .*

195 /

2.1. Estado del Conocimiento.

2.2. *La propiedad en la Argentina.*

2.3. *Objetivos generales.*

2.4. *Objetivos Específicos.*

2.5. *Hipótesis.*

3.1. Marco Teórico.

3.2. Breve análisis del proceso Abreviado.

3.3. Metodología.

3.4. Conclusiones.

4.1. Bibliografía.

1.1.Introducción

Este artículo pretende ilustrar y hacer un desarrollo breve del tema, acreditando el interés del mismo y los problemas a investigar, destacando la importancia académica y social.

En el análisis de la baja inversión de los capitales privados nacionales y extranjeros en desarrollos inmobiliarios ,como ser propiedades horizontales, barrios privados, y otras modalidades, hemos diagnosticado varias causas de todo tipo, pero la que aquí intentaremos analizar sera el factor jurídico-(orden legal) imperante para proteger la inversión en el sector privado(propiedad privada).

1.2.Planteamiento del problema.

Es evidente que cuando se rompen las reglas contractuales entre partes que pueden ser inquilinos, comodatarios , compradores a plazo hipotecarios o por leasing entre otros, o en situaciones extracontractuales como ser intrusos o poseedores sin título, es donde el sistema jurídico debe mostrar su musculatura y poder , para restituir el bien inmueble a su legítimo propietario según sea el caso . Eso me obliga a analizar varios aspectos como ser: a)Las diversas clases de procesos judiciales que se han diseñado en las distintas épocas legislativas y políticas en la Argentina para la recuperación de los bienes inmuebles, b)El análisis de las obligaciones, daños y la existencia o consideración del resarcimiento a sus propietarios. El marco legal de análisis será el Código Civil y Comercial de la Nación con especial énfasis en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes.

Las demoras de los procesos y sus consecuencias que atentan contra los intereses de los propietarios, de la sociedad, del estado e incluso de terceros, debe estudiarse en profundidad para esclarecer y establecer parámetros objetivos, que hagan predecible los alcances de las acciones tendientes a la recuperación de los bienes inmuebles pre-

vistas en nuestra ley positiva, sin olvidar la vigencia de los Tratados Internacionales y leyes nacionales que garantizan la vivienda digna.

1.3. Importancia de la Disciplina:

Es importante trabajar desde la perspectiva del Derecho Privado, en el ámbito de los Derechos Reales, observando atentamente el marco Constitucional . De allí lo innovador de este artículo, en que pone en el banquillo de los acusados a los procesos judiciales de recuperación de los bienes inmuebles, desde la perspectiva de rentabilidad parametrizada por la demora excesiva , en su recuperación, sea en situación contractual o extracontractual. Es numerosa la doctrina, que observa la complejidad de la temática y la tendencia a ralentizar el proceso de recuperación de bienes inmuebles, haciendo a la actividad inmobiliaria y de inversión menos rentable e interesante al sector. Lo que es claro que, repercute en forma negativa en el derecho mediato más lejano que es el habitacional, garantizado por los tratados internacionales y leyes locales de Derechos Humanos. Es decir, como paradoja social, financiera y legal, la crisis habitacional en la Argentina se agrava por la inseguridad jurídica hacia los propietarios y su consecuente falta de rentabilidad, ya que el Derecho Privado, no está dando soluciones que alienten al sector. Atento a esta laguna del derecho sobre una regulación específica, los jueces se ven obligados a interpretaciones creativas o forzosas, atento el conflicto del “*Derecho de Propiedad*” , que está garantizado por la Constitución Nacional Argentina, el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,y por otro lado ,el actual Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26994/15 en su artículo 1941 define el dominio perfecto y absoluto del propietario.

Es de destacar que, en la República Argentina, uno de cada tres hogares tiene problemas de vivienda. Lo que es un alto porcentaje de la población, dando un resultado aproximado de cuatro millones de hogares, de los cuales se necesitan construir 1,5 millones de viviendas y

el resto, son casas ya construidas pero que tienen problemas de calidad, falta de servicios básicos o hacinamiento.

2.1. Estado del Conocimiento.

El actual Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26994/15 en su artículo 1941 define el dominio perfecto de la siguiente forma: “El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer materialmente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley”. El nudo temático del presente artículo es de índole procesal y se pretende presentar, el enfrentamiento de los derechos que deben garantizar estos procesos. Por un lado, tenemos el “*Derecho de Propiedad*”, que está garantizado por el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 23 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica-ley 23054 ratificatoria) entre otros instrumentos legales como ser la Constitución Nacional Argentina en su artículo 14 y 17, en el Código Civil y Comercial de la Nación en su libro cuarto; y por otro lado, el Derecho Humano a una “*Vivienda Digna*” adecuada de vivir en condiciones de seguridad, paz y dignidad en alguna parte, está garantizada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo 11, Pacto Internacional de los Derecho Civiles y Políticos artículo 17 y la Convención de los Derechos del Niño artículos 1, 16, 27.3, la Convención sobre los Derechos sobre Personas con Discapacidad artículos 9 y 28, la Constitución Nacional en su artículo 14 bis, entre otros tanta fuentes de derecho.

Es por ello que el derecho a una vivienda digna, garantizada por la Constitución Nacional y los diversos Tratados internacionales, suscritos y ratificados por la República Argentina, que ya los hacen

orden público nacional, por momentos confunde a los operadores del derecho ya que se encuentran con una realidad social muy difícil , donde millones de personas necesitan viviendas , y en ese estado de necesidad se apoderan del dominio privado ilegítimamente, y posteriormente se evidencia el déficit del sistema procesal-legal para recuperar esa propiedad privada, generando enormes consecuencias disvaliosas no solo para sus propietarios, sino para el conjunto de la sociedad, ya que esas dificultades trasuntan en menor nivel de inversiones del sector privado en la construcción por su inseguridad jurídica y baja rentabilidad.

2.2. La propiedad privada en la Argentina.

El derecho de propiedad en sus primeros pasos como Nación Independiente, tuvo como referentes el Código Rural de la Provincia de Buenos Aires de 1865 y el Código Civil de 1869 (promulgado en 1871) de la República Argentina, que sostuvieron con diferentes matices la propiedad privada como absoluta, individual e inalienable. A) El Código Rural de 1865 de provincia de Buenos Aires , impuesto por Valentín Alsina tenía algunas de estas características respecto a la propiedad: 1) Se estableció sobre los límites del derecho de propiedad y del uso de bienes comunes (regulación de la servidumbre de paso y su transmisibilidad-tránsito con animales) y derecho de rodeo; 2) Se impuso la obligación de cerramiento de los campos para proteger el derecho de propiedad; 3) Se fijó relativamente el derecho de propiedad ,aun sin los caracteres del Código de Vélez Sarsfield. B) El Dr. Dalmasio Vélez Sarfield tomó parte de los principios y reglamentaciones del Código Napoleónico (1804). Es interesante observar cómo Vélez Sarsfield reconoce en sus notas la importancia del proyecto de Código Español elaborado bajo la dirección de Florencio García Goyena (1851) y el esbozo del brasileño Freitas (1855), lo que significó adoptar las siguientes características conceptuales: 1. Método científico para analizar la naturaleza de las

199 /

casas,2. Carácter permanente de las relaciones jurídicas (no depende de personas o cosas la clasificación) 3.Existen derechos absolutos -Derecho de propiedad; 4.Existen derechos relativos de seguridad e igualdad jurídica.(Salvat 1936:288); de esta forma el codificador Vélez Sarsfield establece el dominio absoluto e individual de la propiedad, conceptualizando: "art. 2506 del Código Civil derogado. "El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona". A ese dominio el Codificador le atribuye los caracteres de exclusividad (art. 2508) y de perpetuidad y arts 2513 y 2514.

2.3. Objetivo general:

En este artículo se intenta identificar el instrumento jurídico procesal-contractual que mejore el estado actual de la legislación procesal y su consecuente doctrina en esta materia y de esa manera: a)Colaborar con responsabilidad social, en la dinámica social que genere seguridad jurídica, y por consecuencia mayores inversiones en el sector privado de inversiones. b)Analizar sus posibles soluciones ,ya que es el estado, quien eroga fortunas del erario publico viviendas sociales por el alto déficit habitacional.

2.4. Objetivos Específicos:

- a) Determinar un vínculo jurídico entre la propiedad privada y su función social;
- b) Analizar en forma completa la legislación aplicable a los procesos judiciales de recuperación de bienes inmuebles;
- c) Generar una propuesta de modificación al régimen legal vigente, que sea compatible con la justicia social, el derecho de propiedad y los derechos humanos.

2.5. Hipótesis:

La ineficiencia de la aplicación de las normas procesales actuales para defender la propiedad privada a fin de encontrar un equilibrio entre propiedad privada y la Función Social.

3.1 Marco Teórico:

El marco teórico referencial de la presente tesis, seguirá los lineamientos de la corriente IUSPOSITIVISTA DEL SIGLO XIX y XX, tomando con especial énfasis los marcos teóricos desarrollados por los siguientes autores: La Epistemología del positivismo clásico, tuvo su origen en Francia en el siglo XIX siendo su máximo propulsor Augusto Comte quien utilizó por primera vez el término positivista, influenciado por los filósofos empiristas como Francis Bacon, David Hume, John Locke y Etienne Bonnot de Condillac, quienes sostenían la experiencia de los sentidos como máximo rigor científico. Otros autores que fueron influidos por el positivismo fueron Carlos Marx, Friedrich Engels o Emile Durkheim, lo que a posteriori desencadena en 1925 en el neopositivismo-Viena -Austria, o Positivismo lógico, en la cual la idea principal era que la ciencia era la única forma de conocimiento que existía y que pudiera ser corroborado metodológicamente. El marco teórico positivista representa a todos los autores que contribuyeron a sostener estos postulados: a) rechazo de la metafísica b) Solo se utilizan hechos o fenómenos constatados o experimentados; c) El método empírico, era el único medio de llevar a cabo observaciones ciertas, el cual es completado con otros métodos según evoluciona esta corriente de pensamiento. La columna vertebral del positivismo jurídico son a mi criterio los siguientes autores Karl Von Savigny, Rudolph Von Ihering, Hans Kelsen, del que expongo una breve síntesis de sus ideas más relevantes:

Karl Von Savigny.: La Escuela histórica que tuvo como protagonista a Savigny, estableció las bases fundamentales de la ciencia del Derecho moderno, y desarrolló la ciencia jurídica . La teoría Subjetiva o de la Voluntad que desarrolla pone mucho énfasis en el ANIMUS, al momento de analizar la Posesión o Tenencia, según sea el caso, por lo que la misma se consagró parcialmente en nuestro sistema legislativo, en el primer Código Civil Argentino.

Rudolf Von Ihering.: Fue uno de los máximos representantes, cuyo propósito era elaborar una ciencia jurídica formal y lógica que permitiera organizar el positivismo jurídico mediante un sistema de conceptos. La creación de esta ciencia jurídica tenía la misión de conocer las conexiones lógicas internas de las normas, sosteniendo la Teoría Objetiva del Derecho. Las principales obras referidas a mi futura tesis son: La Teoría de la posesión: el fundamento de la protección posesoria (1867) y La Voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante (1889), elaborando su teoría objetiva sobre la posesión. De allí surge la preeminencia del corpus en la posesión, sobre el animus, alcanzando sólo la exteriorización del corpus, aniquilando la Teoría de la Voluntad o subjetiva de Savigny de la investigación. Señala que «la posesión no puede ser adquirida por un ánimo, como la obligación; para que nazca es preciso el corpus, pero no hace falta para continuarla». «La posesión descansa en sí misma: el poseedor no necesita decir de donde tiene la posesión: la simple exterioridad basta, no utilizando los antecedentes del Derecho Romano donde el jurista Paulo exigía ambos para diferenciar la tenencia de la posesión, porque según sus estudios(Ihering) jamás fueron utilizadas en la jurisprudencia de los Pretores . Criticando la teoría de la voluntad o subjetiva de Savigny, afirma Ihering que las fuentes romanas no mencionan al *animus domini*, aun así ,los romanos admitían la posesión aun en los casos donde esta condición falta. Que únicamente el jurista Romano Paulo, sostuvo que para adquirir la posesión es preciso el *animus* y el *corpus*; pero que el *animus* pos- sidendi de Paulo establecido para separar (Posesión para terceros no

es válida), punto débil en la Teoría Subjetiva según los objetivistas, al margen de la alta complejidad que implicaría probatoriamente diferenciar el animus del corpus cuestión que los teóricos subjetivistas lo solucionan verificando la causa o calidad en la posesión, (permanente -poseedor-temporal- tenedor). El maestro Ihering encuentra una dificultad básica insalvable lo afirmado por los subjetivistas que el ánimo temporal o definitivo, podría diferenciar la tenencia de la posesión, o el supuesto reconocimiento en otro de un carácter superior en el derecho a idénticos fines, pondría todo el sistema en un tembladeral insostenible. Siguiendo lo sostenido por el maestro procesalmente se podría decir que la posesión es independiente de la propiedad mientras que esta es dependiente de la posesión

Hans Kelsen.: La propiedad y la posesión, en Occidente ha dependido conceptualmente del monismo jurídico, nuestra política y noción jurídica está tipificada con la idea del monopolio del estado. Por ello es necesario su regulación, para evitar varios órdenes jurídicos que regulen la propiedad dentro de un mismo Estado ,lo que haría imposible el intercambio de bienes y servicios, ya que los ciudadanos y funcionarios públicos no sabrían qué reglas deberían ser aplicadas en caso de conflicto sobre la propiedad, por lo tanto derechos reales se harían relativos, ya que dependería de los diferentes referentes normativos disponibles y los casos en los que el poder coercitivo del estado debería ponerse en movimiento, no serían claros. De esta manera tenemos un abordaje normativo hipotético de la posesión o tenencia, regulada por la norma aplicable a los hechos en la situación concreta, analizándolos bajo la estructura de la Pirámide normativa kelseniana, lo que hace más complejo su aplicación, en la supervisión permanente del rango constitucional o normativo pertinente. Es por ello que Hans Kelsen en su positivismo conceptualiza la norma jurídica como, es un juicio hipotético: La norma jurídica no es comprendida como imperativo, a semejanza de la norma moral, sino como juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho. Por ello primero nacen los derechos subjetivos, y

antes que nada la propiedad, el prototipo de los derechos subjetivos, y sólo más tarde el derecho objetivo como orden estatal que *protege*.

3.2. Breve Análisis del proceso Abreviado

Los códigos procesales en la Argentina han acogido una posición ecléctica respecto a los autores arriba descritos, por lo que genera confusión al momento de ejecutar judicialmente un desalojo. Los jueces mayoritariamente adoptan en la Provincia de Corrientes(ley 6556/2021 C.P.C.C.), como instrumento el Proceso Abreviado del cual haremos un breve análisis: El art. 468 sgtes y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial provincial, en el cual se limitan los plazos a tres días para todas las partes , salvo para contestar demanda y apelar que es de cinco días(art. 469). Así también limitan las defensas para oponer defensas a saber: a) No será admisible la reconvención, b) Todas las excepciones y defensas serán resueltas en la sentencia de mérito,c)No podrán ordenarse más de tres(3) testimonios por parte, salvo circunstancias excepcionales autorizadas por el juez, d)No procederá la presentación de alegatos, e)Solo serán apelables las resoluciones que decreten o denieguen medidas cautelares , sentencias definitivas o aquellas resoluciones que impidan la continuación del proceso o le pongan fin, así mismo el Juez debe sanear el proceso declarando la cuestión de puro derecho o abriendo la causa a pruebas.(art. 471). El juez una vez realizada la audiencia de pruebas o declarada la cuestión de puro derecho, dictará sentencia en un plazo no mayor a 10 días(472). De esta sentencia puede proceder el recurso de apelación que se concede con efecto no suspensivo y trámite inmediato(salvo que pueda ocasionar perjuicios irreparables, allí se otorga con efecto suspensivo)(art.473). Las normas supletorias para este tipo de proceso son aplicables a los procesos ordinarios por audiencias.

De la declaración de buena voluntad de este proceso a la realidad

judicial el mismo lleva en primera instancia entre 6 a 12 meses , más la segunda instancia entre 6 y 12 meses en caso de apelación, y se apelar al Superior Tribunal de Justicia tenemos otros 12 a 18 meses (todos plazos promedio-pueden aumentar o disminuir según sea el caso).

En este breve artículo acreditamos una demora estimada de 36 meses(3 años)procesales, en caso que el demandado oponga defensa en las instancias. Inter tantum el propietario-inversor se ve privado de su dominio pleno, de sus créditos y beneficios , y por consecuencia ya no construye, ya no invierte, ya no alquila, agravando la crisis habitacional arriba nombrada.

3.3. Metodología:

Se utilizaron distintos métodos y técnicas a enunciar: El método hipotético - deductivo; inductivo-deductivo y otros aplicables al derecho (empírico inductivo) trabajando además con las siguientes técnicas y recursos: a) Relevamiento legislativo, doctrinario y bibliográfico, b) Recopilación de la normativa vigente y doctrina sobre el tema a investigar.c) Elaboración de conclusiones y recomendaciones.

205 /

3.4. Conclusiones:Algunos de los cursos de acción de ley ferenda que se puede concluir en este artículo:

- a) El mejoramiento del proceso desalojo como acción personal y las acciones reales, podría devenir de adoptar un proceso JUDICIAL ABREVIADO, EN FAVOR DEL TITULAR REGISTRAL, para la recuperación del bien inmueble en forma plena y perfecta..
- b) Los ocupantes del inmueble sean de origen contractual o extra-contractual deben tener una oportunidad clara y concreta, que garantice su defensa en juicio, cumpliendo el principio de la inmediatez y celeridad procesal , para acreditar sus derechos, previo, si correspondiere el desahucio o lanzamiento.

c)El desalojo como medida cautelar, previa caución juratoria o abono de un seguro de caución a empresa privada, por los daños que la medida pudiera irrogar, siendo un Arbitro o Mediador (previamente designado) el titular de la Póliza , en caso de tener que abonar, por los daños ocasionados a los ocupantes, reduciendo al mínimo los posibles daños que se occasionen, más allá de las vías ordinarias existentes (daños y perjuicios), que pudieren interponer posteriormente,

4.1 Bibliografía:

Alterini, Ignacio (2020). “Tratado de las Obligaciones”, La Ley
A quarone, María T (2018). “Derecho inmobiliario”. Di Lalla
Arazi, Roland (2018). “Derecho Procesal Civil y Comercial”, Rubin-
zal Culzoni - Edición 4ta

Causse, Federico y Pettis, Christian R. (Dirección Alberto J Bueres)
(\u2019 2017). ” Incidencias del Código Civil y Comercial V. 8.” Hamu-
rabi, Buenos Aires

Clerc, Carlos M. (2016), “Derechos Reales”. Editorial Errepar S.A.,
Buenos Aires

Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picaso, Sebastián (2016), “
Código Civil y Comercial de la Nación Tomo V Libro IV” . Edi-
torial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
Buenos Aires.

Kiper, Claudio, 2017, ”Tratado de derechos reales” Editorial Rubin-
zal y Culzoni. Bs. As.

Lorenzetti Ricardo Luis (2017) , “Código Civil y Comercial de la
Nación Comentado, Tomo IX “, Rubinza y Culzoni. Bs. As..

Mariani de Vidal, Marina (2016) “Derechos Reales en el Código
Civil y Comercial” Adriana Abella. La Ed. Cdad. Autónoma de
Buenos Aires: Zavalia

Midon, Marcelo Sebastián (2022), “Nuevo Código Procesal Civil y
Comercial de la Provincia de Corrientes Comentado”, Editorial
Contexto

Rivera, Medina y Ossola. (2015). “Responsabilidad Civil”. Abeledo Perrot.

Vitolo Daniel Roque (2016). “Código civil y Comercial Comentado y Concordado”, Errepar.

Constitucionalización del derecho concursal y responsabilidad del estado. El trato diferencial al acreedor vulnerable en los concursos y quiebras

I Levrino Fernández, Natalia Beatriz I

Constitucionalización del derecho concursal y responsabilidad del estado. El trato diferencial al acreedor vulnerable en los concursos y quiebras

Introducción

El tema de interés en la presente investigación es la verificación de créditos de acreedores vulnerables en procesos de concursos o quiebras y la colisión que se produce cuando un acreedor vulnerable solicita un pago anticipado, existiendo en el proceso otros acreedores cuyos créditos son privilegiados.

209 /

En procesos concursales donde los fondos existentes resultan insuficientes para el pago de la totalidad de las acreencias verificadas, ordenar un pago anticipado por la especial característica personal de vulnerabilidad de un acreedor, podrá significar el agotamiento de los mismos, afectando en forma directa a los demás acreedores por inobservancia de la enunciación taxativa del régimen de privilegios concursales.

Los fallos dictados por distintos tribunales que alteran estas situaciones -caracterizadas por la urgencia de tutelar derechos como la salud, la vida, la dignidad humana- ordenando pagos excepcionales, de ninguna manera constituyen soluciones definitivas para una efectiva tutela o trato diferencial al solicitante que se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad, merecedora de un trato especial.

Jueces y doctrinarios, en la búsqueda de una solución ajustada a Derecho, realizaron interpretaciones de normativa nacional e internacional alterando de alguna manera el régimen de privilegios establecido taxativamente, perjudicando a los demás acreedores que, en principio tenían garantía para el cobro.

Es imperioso el estudio serio, detenido y científico de la problemática ya que es un deber de los jurisconsultos afianzar la justicia, garantizar el acceso a la misma y contribuir a la seguridad jurídica.

El resultado de la investigación, es importante para el justiciable en cuanto a la seguridad jurídica; para las ciencias jurídicas ya que fortalece la justicia, pilar fundamental en el que se inspira todo procedimiento judicial, escenario en el que la Teoría General de la Impugnación alberga la posibilidad de monitorear la regularidad de los actos en el proceso; de interés para el magistrado, en cuanto deberá sentenciar y en el ámbito político-económico por la influencia que la seguridad jurídica de un país tiene sobre su economía y las inversiones.

\ 210

Estado del conocimiento:

El bloque constitucional contenido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional contiene tratados que deben ser observados por el Estado, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad internacional por su inobservancia.

A su vez, contamos con una Ley específica N°24.522 que regula los procesos concursales y las quiebras, y establece los principios y garantías que rigen este tipo de procesos.

En doctrina encontramos distintos fundamentos que consideran que el derecho del acreedor vulnerable prevalece sobre toda otra normativa.

Al respecto Boquin (2020) manifiesta:

“Por sobre la letra expresa del articulado de la ley 24.522, los principios y valores comprometidos en el propio sistema concursal, se encuentra la protección de la persona humana, quien sujeto de preferente tutela, según su estado de vulnerabilidad y los Tratados suscriptos en ese sentido harán que la interpretación del juzgador sea diferente en cada caso considerando la posible colisión y desplazamiento de normas y derechos, teniendo en cuenta la integración de todo el ordenamiento jurídico. Más allá del sistema de privilegios cerrados de la ley 24.522 (ley de concursos y quiebras), existen muchos presupuestos que nos demuestran que de acuerdo al diálogo de fuentes propuesto al intérprete debe considerarse desterrado el concepto de “*numerus clausus*” que surge del art. 239 LCQ,” (p.23).

Ante este panorama observamos como esta doctrinaria considera que el “*numerus clausus*” quedo desterrado es decir, desuetudo. Para la autora la protección a la persona humana ha impactado directamente en el régimen de privilegios debiendo priorizarse los derechos humanos fundamentales.

211 /

El juez como director del proceso y custodio del cumplimiento de la ley, se ve compelido a proteger las vulnerabilidades en cada caso concreto y esto ha provocado en reiteradas oportunidades presuntas colisiones con el régimen de privilegios y con los principios del derecho concursal, lo que lleva a pensar en la necesidad de repensar los principios concursales como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado, que ha puesto en crisis el principio de autosuficiencia de los privilegios concursales y el tema de la presencia de los acreedores vulnerables en el proceso es corolario de un debate más amplio, referido al estado actual de los principios generales del derecho concursal (Gerbaudo, 2020).

Es decir, la evolución que produjo la constitucionalización del derecho privado genera la necesidad de interpretar el derecho de ma-

nera armoniosa, de modo que se apliquen en forma coordinada, sin que se excluyan entre sí. Ello lleva a pensar en una modificación del paradigma que sostiene el derecho concursal.

Fue justamente con la referida reforma Constitucional, para Vítolo (2016), que el orden de los privilegios ha dejado de ser cerrado, originando una porosidad en el régimen que ha convertido las decisiones judiciales, dotándola de aristas de subjetividad.

Pero, consecuencia de ello, se produce inestabilidad jurídica, donde el sentenciante y los demás acreedores deberán considerar determinadas situaciones personales y elementos subjetivos -sin dejar de reconocer el autor, que el sistema de privilegios es de naturaleza objetiva- en la decisión, en atención a los principios de proporcionalidad, ponderación, fundamento razonado de la decisión, etc.

Concluye el citado autor que así, podrá escaparse -por decisión judicial- al régimen específico de categorización del crédito en relación con el sistema legal de preferencias de carácter objetivo, siempre y cuando el acreedor sea una persona mayor; o si sufre de alguna enfermedad o discapacidad o si la relación con el deudor es de origen extracontractual o si la falta de reconocimiento de algún grado de preferencia de su crédito puede afectar su dignidad, o frustrar las legítimas expectativas referidas a su desarrollo humano, económico, social o cultural.”

Ante estas nuevas situaciones todo indica, como concluyó Graziable (2022), que las respuestas jurisprudenciales se inclinan a llegar a una conclusión y no tanto a analizar la pertinencia de nuestra ley concursal con los Tratados Internacionales.

Es que se deben considerar las diversas situaciones que enfrentan los actores según al “grupo” de vulnerabilidad al que pertenezcan, más aún cuando la normativa internacional no contiene referencias específicas a la situación particular de alguno de estos acreedores cuando son titulares de créditos en el proceso concursal.

En la actualidad, las normas internacionales consagran un mandato general de mayor protección constitucional a los derechos eh impone

obligaciones a cargo del Estado, pero no solo no indican la forma en que se llevarán a cabo, sino que, ni siquiera determina en que ámbitos y con que alcances se harán efectivas esas especiales protecciones que otorgan, por lo que la materia queda reservada entonces al Estado.

La situación descripta, la inacción de los órganos que tienen esta obligación y el principio de separación de poderes contenida en nuestra forma Republicana de gobierno, no es suficiente para facultar a los órganos judiciales a determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica ya que esta atribución es propia de los poderes políticos.

Es por ello, que se perfila la necesaria intervención en el proceso del Estado para lo cual el juez deberá evaluar en cada caso concreto la pertinencia o no de tal medida. El enfoque cualitativo contribuirá en la elaboración de supuestos facticos de procedencia de dictado de medidas de protección.

213 /

Marco teórico

El abordaje al problema de investigación, se efectuará desde los preceptos sostenidos por las Teorías contemporáneas del derecho. Sobre el particular, Dworkin (1984) analiza si los jueces siempre siguen las normas, incluso en casos difíciles y controvertidos o establecen, algunas veces, normas nuevas y las aplican retroactivamente.

El autor aborda el estudio de los límites de la potestad de los magistrados, interrogándose por la medida y la justificación suplementaria que requieren esos casos difíciles donde fallarán. Desde esta posición teórica se abordará el objeto de investigación, por relacionarse intrínsecamente con la presentes investigación, la que abordará la atribución de responsabilidad al Estado y la facultad del sentenciante para citar en el marco del proceso al Estado como parte como para ordenar a este, el pago de las indemnizaciones que tutelen derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad.

Las sentencias judiciales deben contener un fundamento racional (Alexy, 1997). Desde estas perspectivas se efectuará la investigación propuesta, en miras a lograr elaborar fundamentos eficaces que justifiquen la aplicación de la solución propiciada con miras a brindar una especial protección al sujeto vulnerable sin perjuicio de que resulta imposible para el legislador prever todas las situaciones que pueden convertir a una persona en vulnerable por lo que puede no encontrarse contemplado su caso en la enumeración taxativa contenida en el CCCN y la ley específica.

Tal como aclara Graziabile (2022) no es competencia del tribunal juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por los otros poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto.

Pertenece al amplio margen de discrecionalidad de los demás poderes legislar, pues sus órganos se encuentran habilitados constitucionalmente para ello.

Y, conforme lo referenciado Concluye Graziabile (2022):

“Ante las situaciones sometidas a debate, esto es una cuestión del Estado y no de los acreedores concursales, es una cuestión de justicia y no de caridad. Las distintas protecciones a las minoridades, discapacidades etc. Deben ser dadas por el Estado y no ser soportados por los demás acreedores concursales ya que estos no son los obligados a asegurar la garantía constitucional a la salud la niñez o la incapacidad, sino que ello corresponde al Estado. Los derechos fundamentales crean deberes del estado, las normas iusfundamentales importan un avance de derechos individuales sobre bienes colectivos, pero no a la inversa ni respecto a relaciones jurídicas particulares. (P.91).

Sobre esta conclusión me apoyaré para elaborar la presente investigación.

El objetivo de la presente, será determinar la atribución de responsabilidad al Estado mediante la orden judicial -dirigida al Poder Ejecutivo- de adopción de medidas preventivas de tutela inmediata del derecho del acreedor vulnerable y el consecuente establecimiento de un trato diferencial al mismo en el proceso Concursal Argentino.

El problema de investigación se encuentra en establecer los supuestos que harían procedente la atribución de responsabilidad al Estado y su legitimación para ser citado al proceso a responder mediante el depósito de fondos necesarios, que cubran la acreencia de manera inmediata, ante acreedores vulnerables que, inmersos en un proceso concursal de manera involuntaria, precisen de una tutela diferenciada consistente en un pago anticipado de su acreencia, en virtud de que la urgencia de su situación no permita la espera prolongada que significa el trámite de este tipo de procesos.

Pues bien, de todo ello vemos que, para un sector de la doctrina, los principios que rigen la materia se modificaron y por ello sería acertado el empleo de los fondos existentes, para garantizar derechos fundamentales, mientras una tesis opuesta considera que estos derechos fundamentales son un deber del Estado, debiendo los principios concursales permanecer incólumes.

Pero ninguna de estas teorías ha considerado la solución propuesta en esta investigación, la que consiste en la atribución de responsabilidad a quien por derecho contrajo las mismas.

Es que, con el objeto de evitar que el Estado incurra en responsabilidad Internacional por incumplimiento de los Tratados Internacionales, se ha impuesto la carga de soportar detrimientos económicos a los demás acreedores.

A fin de una aplicación armónica de las normas, la propuesta de la presente investigación consiste en verificar la hipótesis propuesta como salida a tan debatida cuestión. El juez debe ordenar al Estado responder.

El Estado debe depositar los importes necesarios para pagar la acreencia del acreedor vulnerable en los procesos concursales, cuando

no existan fondos o utilizarlos signifique el detrimento de derechos de otros, quedando subrogado en los derechos del mismo en el proceso.

La originalidad de esta investigación reside en que su enfoque, se dirige a la búsqueda de soluciones que partan de la justicia y la equidad, imputando la responsabilidad a quien tiene el deber de responder, y evitando que otros acreedores soporten las cargas, en un contexto en el cual, a pesar de la existencia de legislación, aún no se han demostrado efectivas en la protección real de los acreedores involucrados en el proceso.

La presente investigación empleará una metodología de investigación de tipo hermenéutica.

Para ello, se utilizará material documental y bibliográfico de doctrina jurídica de derecho concursal, y constitucional desde un enfoque jurídico.

El método lógico será adaptado a la investigación del derecho, utilizando la deducción para el análisis de normas y la aplicación de las mismas al caso concreto.

Partiendo del análisis normativo, que regula el objeto de la investigación se llegará a la elaboración de la interpretación, para finalmente formular una solución que permita evidenciar la necesaria modificación de las formas de las resoluciones actuales de este tipo de conflictos.

Las fuentes de las que se nutrirá la presente investigación serán los artículos científicos elaborados durante los últimos tres años, doctrina y jurisprudencia digital y en soporte papel.

Bibliografía

- Boquin, G. (III). Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19. *DECONOMI*, 23.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Favier Dubois, E. M. (2021). EL DERECHO CONCURSAL “POSMODERNO”. *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE)*, 9.
- Gerbaudo, G. (2022). Los acreedores hipervulnerables en los procesos concursales. Estado actual en el derecho concursal Argentino y su impacto en el regimen de privilegios concursales. *REVISTA LEX MERCATORIA DOCTRINA, PRAXIS, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN*. doi:doi.org/10.21134/lex.vi20.1777
- Graziabile, D. J. (2022). *Nuevo Sistema Concursal*. Bs. As.: Ediciones dyd.
- Langford, R. T., & Ramsay, I. (2019). The ‘Creditors’ Interests Duty’: When Does it Arise and What Does It Require? *n the Law Quarterly Review*, 135(3), 385-390. doi:https://ssrn.com/abstract=3421360
- Simon, N. A. (4). Privilegios concursales y acreedores involuntarios en cuestiones de salud. *Derecho y Salud*. Obtenido de https://informacionlegal.com.ar/maf/app/delivery/offload/get?_=1687....
- Vítolo, D. R. (5 de ABRIL de 2016). La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un “orden cerrado” estable a un “orden poroso”. *EL DERECHO. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*(13.928), 1/6.

Implementación de la remisión en el proceso penal juvenil

“Inequidades dentro del Sistema Federal para la aplicación de la Remisión en Jóvenes en conflicto con la ley”

“Se piensa que lo justo es lo igual, y así es; pero no para todos, sino para los iguales.

Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es, pero no para todos, sino para los desiguales.” (Aristóteles)

219 /

I. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad realizar una breve reseña de las diferencias sustanciales en la aplicación del Instituto de Remisión entre las Provincias, todo ello en el marco del Instituto en cuestión establecido por la Regla N° 11 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de edad (Reglas de Beijing)¹. Como veremos a continuación, estas diferencias generan un trato absolutamente desigual para el imputado que comete un delito en una u otra provincia, además de una flagrante contradicción con la norma internacional.

1. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985

Antes de profundizar en el trato desigual es necesario conceptualizar a la Remisión conforme expresamente establece el art. 11 de Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) “...*La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso.*”. Dichas reglas de “soft law” son vinculantes para los estados toda vez que son complementarias y de interpretación de la Convención de los Dchos. del Niño (CDN)²

Vale aclarar que el trato desigual que queremos señalar entre las normas provinciales y la propia norma internacional es superior a las asimetrías lógicas que pueden resultar de la legislación imperante en un Estado Federal, toda vez que las Provincias avasallan límites supranacionales a las que se comprometió el Estado Nacional. Es decir, el límite a las autonomías provinciales no solo se encuentra reñido con el art. 16 de la CN (igualdad ante la Ley) sino que además vulnera la Convención de los Dchos. Del Niño de rango constitucional (art. 75 inc. 22) que exige un trato igualitario al menor de edad en conflicto con la ley penal y en especial desconsideración del Art. 3 (Interés Superior del Niño), Artículo 4 (obligación del Estado y efectividad a los derechos reconocidos en la Convención).

Asimismo, la desigualdad puede ir más allá como bien ha precisado la CIDH³ al referirse a determinadas problemáticas como una doble concepción del derecho a la igualdad y a la no discriminación: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria;

2. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

3. CIDH, Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas, párrs. 89-99.

y otra relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Es decir que bajo el sistema interamericano no sólo podemos recoger una noción formal de igualdad sino avanzar hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas de diversa naturaleza que busquen la equiparación en el acceso a derechos y a la igualdad de oportunidades.

Este instituto procesal seleccionado es solo una muestra, adviértase que el delito cometido por un menor de edad en Chaco se podría desjudicializar a la luz de la Remisión y derivar a un órgano administrativo, mientras que en otras provincias el mismo individuo que haya cometido el mismo hecho se vería sujeto a un proceso penal con dispares consecuencias.

Por último, el presente trabajo se presenta en formato de Monografía, por lo que al margen de la presente introducción, en su desarrollo abordaremos el estado de Conocimiento y el Marco Teórico para culminar con una conclusión sobre este tema particular.

221 /

II. Estado del Conocimiento

En este sentido, no cabe dudas de que la Remisión en algunas Provincias como Chaco (Ley 2951-N) Entre Ríos (Ley Nº 10450) o CABA Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley Nº 2.451) entran en directa colisión con varios aspectos regulados por las Reglas de Beijing como veremos más adelante, mientras que otras provincias como por ej. Buenos Aires (Ley Nº 13634)⁴ no legisló sobre dicho Instituto aunque lo aplica jurisprudencialmente, en Corrientes por ejemplo no está regulado y no tiene casi aplicación jurisprudencial.

4. Sancionada el 28/12/2006

En principio, para ver la forma en que se aplica el Instituto es necesario reseñar que existen dos grandes modalidades de remisión procesal conforme lo expuesto expresamente en la Regla 11 de Beijing. Con derivación, donde la sentencia establece la derivación del adolescente imputado a un espacio no jurisdiccional mediante la intervención de programas, tratamientos y actividades laborales y de formación.

O bien sin derivación, que conlleva la extinción de la intervención estatal del/la adolescente imputado/a debido a que en algunos casos el cese de todo tipo de intervención en la vida del joven es la mejor respuesta, ello se desprende del Comentario a la Regla 11 de las Reglas de Beijing, también de lo que se denomina principio de No intervención Útil, es decir que no haya una transferencia del castigo penal hacia un control o castigo efectuado por organismos administrativos o sociales o Política de Control Social.

Esta doble clasificación y su fundamentación surgen del “Comentario” a la regla número 11 de Beijing, donde se enuncia la Remisión con derivación: “*La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad...*”.

Asimismo refiere a la Remisión sin derivación cuando dice: “... *En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima.*”

Algunas Cuestiones contradictorias

a) La falsa obligatoriedad de “derivación a programas”.

En este sentido, no cabe dudas de que la Remisión en algunas Provincias como Chaco (Ley 2951-N)⁵ Entre Ríos (Ley N° 10450)⁶

5. Sancionada el 03/12/2018

6. Sancionada el 20/10/2016

o en Ciudad Autónoma de Buenos Aires –CABA- (Ley Nº 2.451)⁷ entran en directa colisión con varios aspectos regulados por las Reglas de Beijing, ya que estos estados provinciales solo contemplan la Remisión “Con Derivación”, es decir que excluye a los supuestos en donde no sea necesaria ninguna intervención del Estado -algo bastante frecuente-. Pese a dicha omisión, existe reconocimiento jurisprudencial en algunas Provincias, pero si el Juez decidiese aplicarlo se encontraría igualmente con una norma procesal que no se ajusta a los estándares internacionales.

Además, ciertas leyes procesales provinciales hacen caso omiso del Comentario de la Regla Nº 11 que dice textual: “...*En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima...*”.

Lo que ha querido decir la normativa Internacional es que una vez que el estado provincial renuncia a su voluntad de perseguir penalmente mediante la opción por un mecanismo de des-judicialización, la ultra actividad de la actuación penal resulta vedada por las garantías y principios constitucionales -más allá de lo establecido por las leyes procesales provinciales- no puede el eventual cierre del proceso encontrarse siempre condicionado al cumplimiento de pautas y medidas socio educativas, vinculadas a la situación del adolescente cuando ellas no lo ameriten.⁸

El comentario de la Regla Nº 11 resulta por demás elocuente cuando agrega: *“Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.”*

223 /

7. Sancionada el 03/11/2007

8. Lubary, Juan Pablo; “Modalidades de la Remisión en el Proceso Penal Juvenil” Ed.“Erreius”. Temas de Dcho. Procesal. Marzo 2019

Motivo de lo expuesto, la exigencia establecida por algunas legislaciones provinciales no encuentra uniformidad en el trato al imputado sino que tampoco se condice con la normativa internacional. Debemos desterrar cualquier resabio de control o restricción de derechos cuando los mismos resulten inocuos, estas ideas son esbozadas entre otros autores por el Dr. Baratta⁹ quienes proponen la adopción de una perspectiva alternativa para la resolución de los conflictos.

b) Consentimiento del imputado

En su parte pertinente y para que proceda la Remisión en el Chaco por ej. el art. 39 de la Ley N° 2951-N dice: *1) El consentimiento por parte del adolescente o de sus padres o representantes legales o referentes... Deberá informarse al adolescente en forma adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido, la duración de la medida y las consecuencias de su incumplimiento.*

\ 224

Resulta acertado y se ajusta a la normativa internacional que el adolescente conozca la naturaleza del instituto al que quiere acogerse, lo que resulta incomprensible es que se pueda informar sobre el *contenido, la duración de la medida y las consecuencias de su incumplimiento*, debido a que estos aspectos recién se acordarán con posterioridad en la oportunidad de realizarse la audiencia que establezca su modalidad y no antes.

Efectivamente, para que pueda aplicarse el Instituto de Remisión en la forma en que ha sido legislado en Chaco o Entre Ríos por ejemplo, el imputado debería prestar su consentimiento sobre aspectos que desconocería, una suerte de “cheque en blanco”, algo que difícilmente ocurría en la praxis jurídica. Además, con relación

9. - Baratta, A.; “Infancia y democracia” en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*; García Méndez; Beloff –compiladores-; Temis Depalma; 1998; Bogotá.

al consentimiento el comentario de la Regla Nº 11 dice: “...*No obstante, es necesario que la validez del consentimiento se pueda impugnar, ya que el menor algunas veces podría prestarlo por pura desesperación.*”. Cuestión esta última que es altamente probable que ocurra al querer acceder al Instituto sin conocer con posterioridad las consecuencias y alcances del mismo.

Otro aspecto que en general confuso son las consecuencias del incumplimiento, ya que algunas legislaciones nada dicen mientras que otras (Entre Ríos) entienden la pérdida del beneficio procesal.

c) Plazos

Tomando como ejemplo al Chaco, aunque la problemática es similar a otras provincias debo señalar que el art. 39 de la Ley Nº 2951-N sigue diciendo que: “*Las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la Remisión del caso deberán ser de sencillo cumplimiento, estar de acuerdo con su edad, su desarrollo, sus potencialidades y expresamente determinadas en cuanto a su naturaleza y duración.*”

Además de no ser obligatoria la realización de actividades conforme lo reseñado el pto. a), no todas las actividades que se establezcan deben o pueden tener expresamente determinada su duración, mucho menos que pueda ser fijado en sede judicial. A manera de ejemplo, si se deriva al adolescente a un Establecimiento de Salud para desintoxicarse por problemas relacionados al consumo de sustancias tóxicas, deben observarse los principios establecidos en la Ley de Salud Mental Nº 26.657, en tal sentido es el nosocomio el que se encuentra en condiciones de determinar diagnóstico, pronóstico, plazo, comienzo, duración y cese de un tratamiento, no el Juez.

d) Consentimiento Fiscal y de la Querella

Tomando otro ejemplo, el art. 40 de la Ley Nº 2951-N al referirse a la Oportunidad para la concesión dice que: “...*el Juez de Niñez,*

Adolescencia y Familia, de oficio o a pedido de parte, con acuerdo del adolescente y su defensor, podrá disponer la remisión del caso.”. Sin embargo y acto seguido en la audiencia para determinar su modalidad en el art. 41 agrega ciertos límites y dice: “*...El juez en audiencia, previo acuerdo de las partes y del querellante si lo hubiere...*”.

Motivo de lo expuesto, para que proceda la Remisión no resulta claro si se requiere o no el consentimiento del Fiscal y la Querella, ya que si no hay “*previo acuerdo de las partes y del querellante si lo hubiere*” no podría realizarse la audiencia prevista en el proceso y el instituto devendría inaplicable.

En nuestra opinión, debemos atenernos a lo establecido por la regla de Beijing 11.3 al referirse a la concesión de la Remisión cuando dice que está “*...supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.*”.

Ante lo dicho, es criterio y práctica en los Juzgados que el “*examen de autoridad competente*” se refiere al Juez de NNA, no al Fiscal, muchos menos al del Querellante, cuestiones estas últimas que además devendrían en “irrazonable” e “inaplicable” el instituto en cuestión.

III. Marco Teórico

En Argentina, la igualdad ante la ley está consagrada en la Constitución Nacional, específicamente en el artículo 16 dice: “*la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*”; y que “*todos los habitantes son iguales ante la ley*”.

Que si bien la igualdad ante la ley es una garantía esencial de todo estado de Derecho, al hablar de adolescentes hay que tener en cuenta que los mismos deben ser beneficiados con un “plus” de esos Derechos y Garantías como lo sostienen autores nacionales como Beloff o

García Méndez¹⁰. Este “plus” con relación a los adultos se justifica ya que los menores de edad tienen necesidades y características especiales que deben ser tenidas en cuenta. Entre estos derechos y garantías adicionales se encuentran el derecho a una defensa técnica especializada, el derecho a ser tratado con dignidad y respeto, el derecho a la educación y la formación, entre otros.

Desde el punto de vista legislativo, los antecedentes en nuestro país se remontan a más de un siglo, desde el año 1919 con la sanción de la Ley Nº 10903 denominada de “Patronato” y que aún persisten en nuestro ordenamiento vestigios de la misma a través de los postulados de la ley 22.278 y sus modificatorias (Régimen Penal Juvenil). Con posterioridad, si bien la ley Nº 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes del año 2005 fue sancionada de conformidad a los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), a la fecha se omite el tratamiento de una norma de conformidad a los estándares internacionales.¹¹

Motivo de lo anteriormente expuesto y de la modalidad de intervención con los órganos administrativos, en estos últimos años han surgido múltiples reformas procesales provinciales en materia penal juvenil que si bien han tenido por finalidad adecuarse con la ley Nº 26.061 y los estándares jurídicos internacionales (CADH, CDN, Reglas de Beijing, Directrices de Riad), han aumentado las desigualdades dentro de nuestro Territorio Nacional en el trato al adolescente en conflicto con la ley penal.

10. -García Méndez, Emilio; Infancia. De los derechos y de la justicia., 2^a Ed., Buenos Aires; Editores del Puerto, 2004.

11. Baratta, Alessandro; *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*; 1^a Ed. Siglo XXI Editores Argentina; Buenos Aires, 2002.

El Positivismo es una corriente ineludible para el análisis de los Institutos Procesales, por cuanto los datos verificados (hechos positivos) recibidos de los sentidos son conocidos como evidencia empírica. Y, aunque el enfoque positivista ha sido un tema recurrente en la historia del pensamiento occidental, el enfoque moderno fue formulado por el filósofo Auguste Comte a comienzos del siglo xix. Comte sostenía que, al igual que el mundo físico funciona según la gravedad y otras leyes absolutas, lo mismo ocurre con la sociedad.¹²

Asimismo al analizar la legislación debemos reconocer a la obra de Kelsen como uno de los pilares de estudio ha sido criticada en sus aspectos filosóficos, es que la Teoría pura del Derecho parte de un análisis del Derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de Derecho natural. Analizando las condiciones de posibilidad de los sistemas jurídicos, Kelsen concluyó que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a una *norma hipotética fundamental*, necesaria para poder postular la validez del Derecho. Sin embargo nunca consiguió enunciar una norma jurídica completa basada solamente en su modelo. Más tarde, Kelsen situó dicha norma en el Derecho internacional, de ahí que defendiese la primacía de este sobre los ordenamientos nacionales.¹³

Muchos autores comparten los desarrollos formalistas kelsenianos, aunque echan en falta su compaginación con la teoría de los valores, de los fines y principios del derecho, o una mejor conexión con la realidad jurídica.

12. Macionis, John J. (2012). *Sociology 14th Edition*. Boston: Pearson. p. 11. ISBN 978-0-205-11671-3.

13. López Medina, Diego Eduardo (2009). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis. ISBN 978-958-653-367-6. OCLC 777175170. Consultado el 11 de mayo de 2020.

Mi tesis tiene por finalidad investigar las desigualdades significativas en el tratamiento de los adolescentes en el régimen penal juvenil en función del territorio, tanto en términos de igualdades procesales como en oportunidades de rehabilitación, lo que refleja una falta de equidad en el sistema. Mi argumento es que el actual Sistema Penal Juvenil Argentino vulnera ambas dimensiones de la igualdad: tanto la igualdad formal o de iure y la igualdad material, sustancial o de hecho. Esta circunstancia se ha observado particularmente con un proceso de codificación de leyes que no ha sido armonioso entre ellas y con relación a los Tratados Internacionales a los que nuestro país ha adherido.

En el ensayo *“La justicia y los derechos”*, Ronald Dworkin presenta una teoría de justicia basada en un derecho que él considera como fundamental: el derecho que cada persona tiene a igualdad de consideración y respeto en la administración y configuración de las instituciones políticas que rigen sobre ellas¹⁴, lo cual claramente no ocurre con los jóvenes en conflicto con la ley penal, los cuales tienen tratamiento dispar. Asimismo se aleja de la separación de la ley y la moralidad que propicia el positivismo, su concepto sugiere que los dos están relacionados. Sobre la idea de dignidad humana, Vigo cita a Dworkin al decir que existen ciertas formas de tratar a una persona que no son coherentes con *“el hecho de reconocerla cabalmente como miembro de la comunidad humana... Un tratamiento tal es profundamente injusto.”*¹⁵

Siguiendo con el marco teórico al que adscribimos, también debemos considerar la Teoría Crítica del Derecho, la cual resulta pertinente para el presente trabajo porque aborda el sistema penal juvenil

14. Dworkin, R. (1984). Los derechos en serio. España: Editorial Ariel.

15. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 273-294.

actual desde una mirada de igualdad. La corriente de pensamiento desarrollada principalmente por la Escuela de Frankfurt por un grupo de pensadores críticos y filósofos sociales que surgieron en Alemania en la década de 1920 y cuyos principales exponentes son Max Horkheimer, Theodor Adorno y Jürgen Habermas. Estos pensadores analizaron cómo las estructuras sociales y políticas influyen en la aplicación y el desarrollo del derecho, y buscaron cuestionar y transformar las relaciones de poder existentes en la sociedad a través de su trabajo.

“...Es que la Teoría Crítica ya no se presenta como alumbramiento de la negatividad dialéctica constitutiva del proceso de reproducción social y, por lo tanto, como alumbramiento de posibilidades de rebasamiento inmanente de este antagonismo, sino como una teoría que propone marcos normativos para la acción, a partir de una fundamentación ontológica, que en el caso de Habermas radica en el lenguaje y su potencial comunicativo...”¹⁶

\ 230

Podemos vincular la Teoría Crítica del Derecho con el Proceso Penal Juvenil Argentino al analizar críticamente cómo las leyes provinciales se aplican a los jóvenes en conflicto con el sistema jurídico penal. (CDN, CN, Reglas de Riad, Directrices de Beijing, Ley N° 22.278, N° 26061, N° 2951-N, etc.). Por ejemplo, se podría analizar cómo el proceso penal juvenil argentino trata a los jóvenes en términos de igualdad ante la ley y acceso a la justicia dependiendo en qué provincia hayan cometido el delito.

16. Jay, Martin (1993. “Habermas y el modernismo”. En *Habermas y la modernidad*, editado por Anthony Giddens, Jürgen Habermas, Martin Jay, Thomas McCarthy, Richard Rorty, Albrecht Wellmer y Joel Whitebook. Ciudad de México: Red Editorial Iberoamericana.)

Que la recepción jurisprudencial y normativa con distintas interpretaciones y alcances en nuestro territorio conlleva profundizar el análisis en la implementación de dicha figura procesal, la cual ha sido de incorporación reciente en algunas provincias mientras que en otras lleva años aplicándose. Vinculado con esto último, la Corte Interamericana ha entendido que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón del cumplimiento por parte del Estado de los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte señala que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.¹⁷

IV. Conclusión

231 /

La relación entre el principio de igualdad y las legislaciones provinciales afecta al primero y por lo tanto debería vincular al legislador. El principio de igualdad reconocido en el artículo 16 de la CN no refiere solo a los destinatarios de las normas sino también al poder legislativo. Esto significa que el legislador está obligado a respetar y garantizar la igualdad jurídica de todos los ciudadanos en la elaboración de leyes.

Se debe profundizar y analizar el alcance del derecho de igualdad ante la ley de los jóvenes en conflicto con la ley penal, considerando medidas de acción positiva para contrarrestar la discriminación procesal y garantizar el pleno goce de todos sus derechos. También

17. Corte CIDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, párr. 104

podemos destacar que las obligaciones internacionales en materia de no discriminación que obligan al estado Nacional en la necesidad de implementar ajustes razonables para asegurar la igualdad a los imputados sometidos al proceso penal juvenil argentino no pueden seguir siendo soslayados.

Asimismo, no hay que olvidar que el Estado Argentino ya ha sido condenado por la CIDH en el precedente “*Mendoza*”¹⁸ quién expresamente se refirió al deber que tiene el país en adoptar disposiciones de derecho interno respetuosas y razonables respecto del fuero penal juvenil, sin embargo ha transcurrido una década sin soluciones a la vista.

Juan Pablo Lubary

18. Corte CIDH, Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia 14 de mayo de 2013.

Bibliografía

- BARATTA, Alessandro; Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal; 1^a Ed. Siglo XXI Editores Argentina; Buenos Aires, 2002.
- BARATTA, Alessandro; Criminología y Sistema Penal, Colección: Memoria Criminológica N° 1, Ed. B de F, Buenos Aires, 2006.
- BARATTA, A.; “Infancia y democracia” en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*; García Méndez; Beloff –compiladores-; Temis Depalma;1998; Bogotá.
- 233 /
- DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 273-294.
- DWORKIN, R. (1984). Los derechos en serio. España: Editorial Ariel.
- GARCIA MENDEZ, Emilio; *Infancia. De los derechos y de la justicia.*, 2^a Ed., Buenos Aires; Editores del Puerto, 2004.
- JAY, Martin (1993. “Habermas y el modernismo”. En *Habermas y la modernidad*, editado por Anthony Giddens, Jürgen Habermas, Martin Jay, Thomas McCarthy, Richard Rorty, Albrecht Wellmer y Joel Whitebook. Ciudad de México: Red Editorial Iberoamericana.)

- LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2009). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis. [ISBN 978-958-653-367-6](#). [OCLC 777175170](#). Consultado el 11 de mayo de 2020.
- LUBARY, Juan Pablo; *Modalidades de la Remisión en el Proceso Penal Juvenil* Ed“Erreius”. Rev. Temas de Dcho. Procesal. Marzo 2019
- MANCIONIS, John J. (2012). *Sociology 14th Edition*. Boston: Pearson. p. [11](#). [ISBN 978-0-205-11671-3](#).

Normativa

- \ 234
- Ley 2951-N de la Prov. de Chaco
 - Ley Nac. N° 22.278
 - Ley N° 10450 de la Prov. de Entre Ríos
 - Ley N° 2451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
 - Reglas Mínimas para la Administración de Justicia (Reglas de Beijing)
 - Convención de los Derechos del Niño (CDN)

Indeterminación intencional (y no intencional) en la interpretación jurídica

| Lujan, José Enrique |

Indeterminación intencional (y no intencional) en la interpretación jurídica

Introducción:

El objeto de esta breve indagación, sin apartarme de las principales miradas doctrinarias en estos temas, en poner un llamado de atención en hechos actuales que impactan de lleno en las consideraciones sobre lo que tradicionalmente entendemos por estado derecho, al tiempo que lanzar una humilde advertencia sobre los peligros del autoritarismo y de los excesos que se cometen cuando los poderes del estado por alguna cuestión fáctica (pandemia, estado de guerra o gobernantes autoritarios) se desequilibran, pero también se intenta explicar, al menos argumentalmente, como a veces la indeterminación admitida en las interpretaciones jurídicas tradicionales, puede darse de manera no deseada y hasta de manera inadmisible a la hora de intentar justificar jurídicamente una determinada realidad.

\ 236

Desarrollo:

El derecho, ahora más que nunca, aparece como un producto de la realidad, el desafío consiste en determinar si las grandes teorías pueden seguir explicándola en aras de la juridicidad o están destinadas a

hacer la vista gorda frente a determinados hechos; excesos, violaciones de garantías, expresiones de autoritarismo y hasta los derechos humanos parecen ser olvidados. En contexto con los contenidos centrales en el ámbito de las enseñanzas tradicionales de la asignatura Introducción al Derecho de todas las unidades académicas del país y latinoamericanas, donde una figura central del pensamiento jurídico tradicional es siempre sometido a pruebas una y otra vez, estamos hablando de Hans Kelsen y en esta oportunidad nada mejor que revisar un aspecto de la Interpretación Jurídica en su Teoría Pura al hallar ejemplos inquietantes y de alguna manera predictores de la actualidad que nos toca en suerte vivir.

En efecto, evocando una vez más a esa cantera, que pareciera inagotable, de la llamada Teoría Pura del Derecho, es bien conocido el pensamiento del autor en orden al tema interpretación del derecho, congruente consigo mismo y con el templo normativo al cual rindió honores a lo largo de su vida, sus consideraciones en temas como Interpretación Jurídica como Actividad de los de Órganos, Interpretación Autentica y no Autentica o simplemente privada, todas analizadas hasta el límite de la innecesariedad pero resultando siempre un articulado de la misma idea central. Cuando el hastío de lo conocido parece atraparnos y hacernos perecer en el olvido de lo pasado, nuevos bríos agitan la llama exploradora (investigación), nuevas implicancias por efecto de la dinámica y cambiante actualidad inducen despertar significados en pasajes de la gran obra Kelseniana, como si se tratara de autenticas profecías jurídicas que el propio autor las sembró para el impredecible futuro en un intento de salvaguardar siempre al estado de derecho de los vientos políticos que amenazan derrumbarlo. Es bueno recordar ciertos conceptos y hasta sorprendernos en algunos aspectos de la previsión del autor, en el desarrollo argumental acerca de qué significa interpretación al derecho no duda Kelsen (mas allá de su pureza metódica formalista

) en decir que ¹” *la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho*” y en esta consideración explica la relación de sumisión (aparentemente solo lógica) entre la constitución, la ley y una sentencia judicial, aclarando que en ese tránsito los que se pretende es dotar de contenido a una sentencia judicial o resolución administrativa al deducirlas de normas superiores, lo que nos obliga (con ustedes) a replantearnos, ¿acaso en la norma superior ya no está previsto o determinado el significado de la inferior ?, a lo que Kelsen siendo fiel a la mecánica expuesta en su teoría pura nos respondería que ²” *esta determinación, sin embargo, nunca es completa*” pues la norma superior no puede determinar al detalle todos los significados que al momento de la ejecución, por un acto o norma inferior, se puedan dar, existiendo lo que se llama un área o marco de posibilidades dentro de las cuales pueda jugar la discrecionalidad del ejecutante, resultando así que todo acto jurídico, llámese de producción jurídica o de pura ejecución, solo está determinado en parte por el derecho, resultando por lo demás esta “determinación *intencional*”, quizás siendo este último aspecto lo que separa al derecho de las matemáticas desde el plano puramente ideal. Ahora, por lo recién dicho nace un nuevo interrogante, ¿qué pasa si el significado elegido por el ejecutante o interprete se da fuera de esa área o marco ?, bueno, al respecto también Kelsen nos dice, empleando para ello un ejemplo bastante asombroso por su parecido con la actualidad recientemente pasada, “una ley sanitaria determina que, al estallar una epidemia, los habitantes de una ciudad tienen que adoptar, bajo ciertas penas, algunas medidas para evitar la expansión

1. Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho (*Reine Rechtslehre*), 15ta edición, Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México 2007, Capítulo VIII, pág. 349

2. Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho (*Reine Rechtslehre*), 15ta edición, Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México 2007, Capítulo VIII, pág. 350

de la enfermedad “, quedando de esta manera el órgano administrativo (municipal, provincial o nacional) “facultado” para determinar las medidas, o en otros términos, la determinación del significado y contenido de los dispuesto en la norma superior queda a cargo de dichos órganos, lo que nos obliga a replantearnos una vez más, ¿acaso privar de su libertad física a una persona sin comunicación a un juez competente puede estar comprendida en dichas facultades ?, ¿o impedir el contacto parental a pacientes terminales, restringir indefinidamente la libertad de tránsito, reunión, esparcimiento o el acceso a la educación misma, puede todo esto convertirse en objeto de una determinación de contenido de un acto individual en relación a una norma superior aun a costa de la negación de normas constitucionales ?, la respuesta a todo ello parece ser bastante evidente que no. Al respecto, si bien el pensamiento de Kelsen parece transcurrir con la mirada puesta en las normas penales donde el intérprete tiene a su disposición un margen de indeterminación pero con un límite superior y otro inferior, resulta sin embargo bastante lógico pensar que dichos límites también pueden estar, axiológicamente hablando, en normas comunes y que la indeterminación de ciertos contenidos no pueden significar otros que impliquen el desconocimientos de derechos fundamentales como los de libertad y la vida misma, ampulosamente protegidos por normas constitucionales y tratados internacionales.

Ahora, en relación a lo dicho, quizás, desde un punto de vista puramente lógico, lo que separa al derecho de una simple ecuación matemática era ese halo de indeterminación al momento de su producción o al de su ejecución, pues la determinación prevista como reflejo lógico de esa secuencia graduada de normas que parte desde el momento mismo de su creación y que se condensa en la norma individual resulta ser la regla, ahora, ¿qué pasa cuando el margen de indeterminación aparece como algo no deseado o previsto?, estamos aquí frente a otro fenómenos, la llamada “Indeterminación no *Intencional*” en el acto de aplicación del derecho, hablamos una vez mas

de Hans Kelsen, para ello nada mejor que echar una mirada más de cerca a la “*Reine Rechtslehre*” o Teoría del Derecho Puro.

Ya analizamos recién, los motivos, casos y la forma en que en que la indeterminación de un acto jurídico puede estar contemplada y aceptada de manera voluntaria o *intencional* a la hora de interpretar el derecho, ahora, sucede como ya se ha explicado, la lógica imputativa, prescriptiva o simplemente normativa del derecho, no se expresa a través de líneas, números o formas, lo hace utilizando esquemas gramaticales, conjunciones de palabras que desembocan en juicios, que a su vez nos dicen qué podemos, debemos o no debemos hacer dentro de un determinado ámbito social tratando de dar una dirección a nuestras conductas, es en este contexto que la llamada interpretación jurídica tropieza con un primer escollo, no deseado, no buscado o simplemente dado de manera no *intencional*, en efecto, las palabras, aun cuando puedan ser enlazadas lógicamente nunca son abstractas, pues se refieren a elementos dotados de significado real, valoraciones culturales, significaciones que por naturaleza (y por suerte) no son unívocas, pues responden a interpretaciones diferentes sobre una misma realidad, basta mencionar juicios normativos como “mujer honesta” (art. 120 C.P. sustituido por ley 25.087) o el concepto de “cosa” del original art. 2.311 del Código Civil, ambos ejemplos responden a casos de “ambigüedad” de una palabra o secuencia de palabra, esto es, distintos significados dentro de una misma expresión gramatical, situaciones según Kelsen que revelan una indeterminación “no intencional” a la hora de interpretar el derecho dado que el sentido lingüístico de la norma no resulta unívoco, lo que trasuntaba un problema para el órgano o tribunal al encontrarse en la encrucijada de varios significados posibles para un mismo hecho. El otro inconveniente surge, precisamente a raíz de esa ambigüedad gramatical, cuando quien va a aplicar una norma puede (o cree poder) imaginar una “discrepancia” entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad de su autor aun cuando de esta manera permanezca indecisa la forma en que dicha voluntad podría verificarse, lo que deja

entre abierta la posibilidad de que se la investigue admitiendo otras fuentes distintas de la norma en sí, lo que aparentemente rompe la pureza de la *Reine Rechtslehre* en estos extremos y en cuyo caso el significado en cuestión ya no correspondería al de la voluntad de su autor , al respecto la jurisprudencia tradicional reconoce la posibilidad, en definitiva, que la llamada voluntad de la ley o el legislador no correspondan a las palabras utilizadas en la misma, lo mismo sucedería en relación a los negocios jurídicos celebrados por escrito entre las partes, ahora, claro está que esta “discrepancia” señalada por Kelsen, entre voluntad y expresión gramatical no necesariamente es absoluta, puede asumir una forma parcial, en ese caso las infidencias al marco teórico de la Teoría Pura no es tan evidente, como podría ser cuando la discrepancia entre la voluntad de la ley y el significado gramatical de la norma corresponden nada más que a uno de los múltiples significados que admite el término ambiguo, por último, podemos mencionar un caso de indeterminación no *intencional* más genérico que los anteriores en aquel que se da cuando dos normas, que podrían estar en una misma ley, tengan pretensión simultanea de validez, o se contradigan total o parcialmente en relación a un mismo caso. Sea como sea, en todos los casos de indeterminación, el derecho siempre ofrece un marco de posibilidades, donde todas las discrepancias hallan solución y con el cual todo acto es en definitiva conforme a derecho si se dan dentro de ese marco.

241 /

Conclusión

En resumen, creo honestamente en la importancia de no perder de vista el horizonte de la juridicidad a la luz de las doctrinas tradicionales, máxime cuando hablamos de una teoría autodenominada como “pura” (*Reine Rechtslehre*) precisamente por despojarse de toda ideología imperante y concebida desde la objetividad que todo derecho debe aspirar sin otra ambición de su autor que la simple vocación

científica, solo así el autoritarismo y la arbitrariedad encontraran un límite permanente sobre el que no podrán maquillar sus ambiciones en nombre del derecho.

Metodología

El tema fue investigado a la luz de una metodología que implica la “indagación bibliográfica”, análisis situado de la realidad y a su vez empleando un método comparativo que intenta establecer que aspecto de nuestras investigaciones pueden llegar a incidir en nuestros programas de estudios en el marco de la docencia universitaria, en el caso particular el problema de la Interpretación del derecho no siempre tiene una referencia de actualidad sobre el que podamos mostrar cómo opera, es un tema de arduo tratamiento en clases y que causa gran interés a la par que asombro cognoscitivo en nuestros alumnos.

\ 242

Bibliografía empleada

Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho (*Reine Rechtslehre*), 15ta edición, Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México 2007, Capítulo VIII, pag 349/356

El concepto de derecho y las teorías jurídicas: una reflexión epistemológica sobre los paradigmas y los marcos teóricos de la investigación jurídica

| Maciel Almirón, Selene Luz |

| Ojeda, María Juliana |

| Passennheim, Juana Aylen |

El concepto de derecho y las teorías jurídicas: una reflexión epistemológica sobre los paradigmas y los marcos teóricos de la investigación jurídica.

Introducción

El derecho es una realidad compleja y dinámica, que se manifiesta en diferentes formas y niveles, y que tiene una gran influencia en la vida social, política y económica de las personas y las comunidades. Sin embargo, ¿qué es el derecho? ¿Cómo se define, se clasifica, se interpreta y se aplica el derecho? ¿Qué fuentes, principios, valores y fines orientan el derecho? ¿Qué relación existe entre el derecho, la moral, la justicia y la democracia? Estas son algunas de las preguntas que han ocupado a los juristas, los filósofos y los científicos sociales a lo largo de la historia, y que han dado lugar a diversas teorías y escuelas jurídicas, que intentan explicar y comprender el fenómeno jurídico desde diferentes perspectivas y enfoques.

El objetivo de este trabajo es analizar el concepto de derecho y las teorías jurídicas desde una perspectiva epistemológica, es decir, desde el estudio crítico de los fundamentos, los métodos, los criterios y los límites del conocimiento jurídico. Para ello, se examinarán los presupuestos epistemológicos que subyacen a las principales teorías jurídicas, como el iusnaturalismo, el positivismo, el realismo jurídico y las teorías de la argumentación jurídica, y se evaluará su validez, coherencia y aplicabilidad en el contexto actual. Asimismo, se explorará cómo estos presupuestos epistemológicos configuran los pa-

radigmas y los marcos teóricos de la investigación jurídica, es decir, los modelos, las hipótesis, las categorías y los conceptos que orientan y estructuran el proceso de producción y comunicación del conocimiento jurídico. Finalmente, se reflexionará sobre los desafíos y las oportunidades que plantea la investigación jurídica en el siglo XXI, en un escenario marcado por la globalización, la diversidad, la interdisciplinariedad y la innovación tecnológica.

La estructura del trabajo se divide en tres partes: la primera parte se dedica a realizar una investigación que permite la demostración del estado del conocimiento es decir, la revisión de las principales fuentes y estudios sobre el concepto de derecho y las teorías jurídicas; la segunda parte se ocupa de adoptar un marco teórico, es decir, la elección y la explicación de una teoría sustantiva que oriente el análisis y la reflexión epistemológica sobre el concepto de derecho y las teorías jurídicas; y las conclusiones que se derivan del trabajo, es decir, los hallazgos, las aportaciones, las limitaciones y las sugerencias para futuras investigaciones; finalmente la tercera parte de este trabajo cierra con la bibliografía utilizada para el desarrollo del mismo.

245 /

Estado del conocimiento:

La concepción de derecho, el pensamiento sobre el derecho tuvo un marcado carácter filosófico. Es así que, desde la antigüedad hasta que formalmente se instituyó como Ciencia Jurídica, comprendieron más de dos mil años. Durante ese periodo los exponentes se encargaron del Derecho Natural cuyas características son: validez de los principios a través del tiempo y espacio, se fundan en una superioridad omnipresente y no están sujetos a los vaivenes de la Historia. (Aftaliòn, 2004 Pág. 177)

Dentro del mencionado derecho se encuadran distintas escuelas que encontrarán su fundamentación en variadas hipótesis: para la Escuela Católica el fundamento está en la voluntad de Dios, para

los Protestantes Clásicos se encuadra en la naturaleza humana y para el Racionalismo en la razón, parte principal de la naturaleza del ser humano.

Se entiende que hubo una verdadera Ciencia Jurídica en Roma, Derecho Civil y siglos después en la época medieval con las escuelas de glosadores y posglosadores. En estos casos mencionados la llamada Ciencia Jurídica se basó en el enfoque Iuspositivista, considerando a la fuente de las normas jurídicas los hechos que se producen en tiempo y lugar determinado. Este concepto de Derecho estudia efectivamente el creado por el hombre en contraposición al Iusnaturalismo que posee principios inmutables. Es así que el Iusnaturalismo sostiene que el Derecho Positivo está subordinado al Derecho Natural, razón por la cual en caso de conflicto entre ambos deberá sacrificarse al Derecho Positivo. En oposición el Iuspositivismo que sostiene como verdadero y único Derecho al que históricamente hacen los hombres como hecho social, constituyéndose como ciencia.

Por su parte el Iuspositivismo o Positivismo Jurídico es una corriente filosófica de pensamiento que distingue y separa los conceptos de moral y derecho negando entonces toda relación entre ambos conceptos basados en la lógica. Se considera al positivismo como conjunto de normas válidas vacías de interpretación moral o de valores. La disciplina que estudia esta corriente es la Teoría General del Derecho. En cuanto a lo que comprende podemos decir que el positivismo advierte al derecho como fenómeno social, estudia la norma escrita, norma positiva, como conjunto de normas dictadas por el hombre a través del Organismo Estatal, de acuerdo a un procedimiento formal y valido con el objeto de disciplinar la conducta humana a él sometida.

Así también se considera que el Iuspositivismo sostiene que el único derecho que existe es el derecho positivo, como derecho histórico, hecho por los hombres y que varía con las modificaciones y diferencias que una sociedad tiene en relación a su propio pasado o a otras sociedades. (Aftaliòn, 2004, pág. 269). La expresión Posi-

tivismo Jurídico es utilizada en sentido amplio, como significando una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho basada en principios empiristas y anti metafísicos. Se contrapone así a la expresión “derecho natural” que es tomada en sentido amplio también y afirma que el derecho no puede ser comprendido de una manera solo empirista sino que es dable desentrañar la naturaleza racional o divina del hombre, sus principios. (Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho Año 6, Número 12, 2008, Págs. 199-220).

Siguiendo este parámetro, el núcleo del positivismo jurídico radica en considerar errado al derecho natural, solo existe el positivo, nave-gando así en las aguas de la filosofía moral y ética. Así también radica en considerar al positivismo jurídico una doctrina que pertenece a la teoría de la ciencia de derecho, la cual describe el concepto del derecho en un determinado tiempo y espacio basado en los hechos sociales, conductas humanas través de la observación.

Otra de las corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo es el llamado “Iusnaturalismo” el cual considera que el derecho deriva de la esencia del hombre. El derecho es la suma de potestades y prerrogativas inherentes o consustanciales al ser humano. El derecho como objeto de estudio se reduce al derecho natural o justo que fundamenta el contenido del derecho; es decir, al derecho intrínsecamente justo, cuya validez es objetiva o material. Conlleva el estudio de lo bueno, lo justo y lo correcto. Está relacionado a una larga evolución histórica y de la discusión proveniente entre la Derecho derivado de la divinidad hasta la racionalidad, el derecho proviene de la esencia del hombre, todo ello en contraposición del iuspositivismo donde el derecho sólo es concebido a través de las leyes y su valoración jurídica (quitándose todo relación con Dios y la divinidad).

Para Carlos S. Nino, el iusnaturalismo puede caracterizarse puede caracterizarse en sostener dos tesis: a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. B) Una tesis acerca de la de-

finición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia. (p. 28)

Asimismo, para el mismo autor hace mención que el propio iusnaturalismo tiene distintas corrientes internas que forman parte de esta teoría, entre las que se mencionan iusnaturalismo teológico, racionalista e historicista.

El iusnaturalismo se origina en la antigüedad clásica, con autores como Aristóteles y Cicerón, y se desarrolla en la Edad Media y Moderna, con exponentes como Kant, Pufendorf, Suárez y Hugo Grocio. Este pensamiento nace durante la época del iluminismo, la cual ocurrió durante los siglos XVII y XVIII, es ese momento donde se quita del centro a Dios y empiezan a centrarse en el hombre y en él mismo. Fue un movimiento con el objetivo de crear conciencia por la propia razón, que llevaría a la confianza, libertad, dignidad, autonomía, emancipación y felicidad del hombre. Los pensadores del iluminismo establecían que la razón humana podía construir una mejor sociedad sin desigualdades y garantizando los derechos individuales de cada individuo, como también, desarrollar la educación, política y administración de un país.

El primer rasgo divisorio del pensamiento moderno es la visión de la razón como modo de conocimiento individual y secularizado frente a la concepción medieval de una razón teologizada y controlada por una celosa jerarquía eclesiástica unificada en su vértice por el Papa. Las dos impugnaciones sin duda más famosas de la conexión entre teología y filosofía, cuando no también del sometimiento de todo saber a la teología, las presentaron Descartes y Kant. El primero, cuando en 1637, en su Discurso del método, situó la única posibilidad de un conocimiento seguro en el *cogito ergo sum*, es decir, en la autoevidencia individual del propio pensar y existir. El segundo, cuando siglo y medio después, en 1784, respondía a la pregunta «¿Qué es la Ilustración?» diciendo que es «la liberación del hombre de su culpable incapacidad [...] para servirse de su inteligencia sin la

guía de otro. [...] ¡Sapere aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la Ilustración». (Alfonso Ruiz Miguel L p. 2868)

Entre sus características distintivas se encuentran la afirmación de la existencia de un orden natural objetivo, universal e inmutable, que es accesible a la razón humana; la distinción entre el derecho natural y el derecho positivo, siendo el primero superior al segundo; y la defensa de los derechos humanos como expresión del derecho natural.

El Realismo Jurídico, producto de un enfoque instrumental, pretende predecir la actividad de los tribunales, desplazando a las normas jurídicas del foco de atención a un segundo plano, avanza sobre los hechos, soslayando así el objeto en sí mismo por la realidad fáctica que resulta aprehendida por los jueces que sentencian sobre el objeto.

Entre las vertientes del realismo, encontramos el alemán, el norteamericano y el escandinavo. Sin ánimo de ahondar en demasía, de la influencia de la vertiente alemán se extrae la distinción al “Derecho como acción”. (Ihering, 1976, pág. 11). Por su parte, la versión escandinava, “se basa en el dualismo sujeto -objeto. Esta tesis sostiene que en el proceso cognoscitivo el sujeto entra en contacto no con una modificación de su conciencia, sino con una realidad distinta a la suya e identificable con el mundo de la experiencia sensible, con la totalidad de los fenómenos inscritos en las coordenadas espacio-temporales.” (Campos Zamora, 2010) En el particular, el realismo jurídico norteamericano, podríamos afirmar que resulta puramente conductista ya que centra su atención, en la conducta externa de elaboración de sentencia, ergo el producto final que el juez sentencia por lo que el realismo jurídico pretende a modo de una especie de “Oráculo de Delfos”, predecir la respuesta del juez ante la controversia o materia llevada a su conocimiento. Ese producto final, el que resulta insuficiente para su creación, la norma en si misma o en soledad, atendiendo a lo que rodea a la misma al momento de sentenciar por el juez, lo que los distintos estudiosos echaron mano para aproximar un concepto de derecho, lo más cercano al objeto crudo de la realidad.

Como una resistencia ante el positivismo, en “reacción extrema surge el escepticismo ante las reglas” (Nino, 2003, pág. 44) en clara respuesta ante al exceso formalismo. En dicho sentido, con la propia riqueza descriptiva de Hart caracterizaba que

El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles ‘combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede, consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna. (Hart, 1998, pág. 170). No menos sorprendente resulta que esta respuesta contra el formalismo haya sido acunada en EEUU, dado el derecho casuístico originado en la jurisprudencia y la exaltación a la teoría del precedente.

\ 250

Las teorías de la argumentación jurídica son el conjunto de estudios y propuestas que se ocupan de analizar, describir y evaluar los procesos de razonamiento y comunicación que se realizan en el ámbito del derecho. Estas teorías buscan explicar cómo se construyen, justifican y aplican las normas y principios jurídicos, así como los criterios para resolver los conflictos y problemas que surgen en la práctica jurídica. Las teorías de la argumentación jurídica se basan en diferentes disciplinas, como la lógica, la retórica, la ética, la filosofía y la sociología, y adoptan diferentes enfoques y modelos, desde el formalismo hasta el pragmatismo, pasando por el realismo y el constructivismo. Algunos de los autores más destacados en este campo son Aristóteles, Cicerón, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy y Habermas (Grajales y Negri, 2019; Núñez Cortés, 2018; González Domínguez, 2017; Atienza, 2016).

Es importante trabajar a partir de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. El contexto de descubrimiento se refiere al proceso creativo e histórico que lleva a la formu-

lación de una hipótesis o teoría científica. El contexto de justificación se refiere al proceso lógico y racional que somete a la hipótesis o teoría a pruebas empíricas y argumentativas para validarla o refutarla (Sirvent, 2006, p. 2).

Según Reichenbach (1938), el contexto de descubrimiento no es objeto de estudio de la filosofía de la ciencia, sino de la sociología y la historia de la ciencia, ya que depende de factores psicológicos, sociales e ideológicos que no son susceptibles de un análisis lógico. El contexto de justificación, en cambio, sí es competencia de la filosofía de la ciencia, ya que se rige por las reglas del método científico y requiere un análisis lógico.

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación se puede aplicar también al ámbito de la argumentación jurídica. Así, una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión jurídica, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión con base en las normas, los principios y los valores jurídicos (Atienza, 1991).

En el ámbito de la ciencia y el derecho, se suele distinguir entre dos contextos diferentes: el de descubrimiento y el de justificación. El primero se refiere a cómo se originan las hipótesis o teorías que pretenden explicar o normar la realidad, mientras que el segundo se refiere a cómo se comprueban o fundamentan dichas hipótesis o teorías. Estos contextos tienen implicaciones filosóficas, metodológicas y argumentativas que vale la pena analizar.

El filósofo alemán Hans Reichenbach fue uno de los primeros en proponer esta distinción, en su obra *Experience and Prediction: an analysis of the foundations and the structure of knowledge*, publicada en 1938. Para Reichenbach, el contexto de descubrimiento es un asunto histórico y sociológico, que depende de factores subjetivos e irrationales que escapan al control de la lógica. Por ejemplo, la inspiración, la intuición, la imaginación o los intereses sociales pueden influir en la generación de una hipótesis o teoría científica. El contexto

de justificación, en cambio, es un asunto lógico y racional, que se basa en las reglas del método científico y la evidencia empírica. Por ejemplo, la observación, la experimentación, la deducción o la inducción pueden servir para validar o refutar una hipótesis o teoría científica.

Esta distinción también se puede trasladar al campo del derecho, donde se plantea la cuestión de cómo se construyen y justifican los argumentos jurídicos. El jurista español Manuel Atienza ha abordado este tema en su libro *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, publicado en 1991. Para Atienza, el contexto de descubrimiento en el derecho tiene que ver con el proceso creativo y práctico que lleva a establecer una premisa o conclusión jurídica. Este proceso puede estar influido por factores como la ideología, los valores, las emociones o las circunstancias del caso. El contexto de justificación en el derecho tiene que ver con el proceso crítico y teórico que consiste en dar razones para apoyar o rechazar una premisa o conclusión jurídica. Este proceso debe atender a criterios como la coherencia, la consistencia, la relevancia o la aceptabilidad de las normas, los principios y los valores jurídicos.

En conclusión, el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación son dos aspectos importantes para comprender el desarrollo de la ciencia y el derecho. Ambos contextos implican diferentes tipos de razonamiento y requieren diferentes tipos de evaluación. Sin embargo, no se trata de contextos separados e independientes, sino que se relacionan e influyen mutuamente. Por eso, es necesario tener en cuenta tanto el origen como la fundamentación de las hipótesis o teorías científicas y jurídicas.

Para explicar y dar cierre a este trabajo, nos parece importante señalar:

El paradigma positivista se basa en la idea de que el derecho es un conjunto de normas creadas por el Estado y que se aplican de manera objetiva y formal, sin tener en cuenta los valores, los fines o las circunstancias de cada caso. Este paradigma se identifica con el

positivismo jurídico, que realiza una interpretación descriptiva del derecho, independientemente de su contenido. El positivismo jurídico se opone al iusnaturalismo, que sostiene que el derecho tiene una base moral y natural, y que las normas injustas no son parte del derecho. El positivismo jurídico también se distancia del realismo jurídico, que se enfoca en la realidad social y política en la que se desenvuelve el derecho, y del neoconstitucionalismo, que introduce elementos axiológicos y principios en la interpretación del derecho. El positivismo jurídico reconoce la importancia de la argumentación jurídica, pero solo como un medio para justificar y aplicar las normas vigentes, no como una fuente de creación del derecho.

El paradigma interpretativo sostiene que el derecho es una realidad dinámica y compleja que requiere de una interpretación razonable y argumentativa, que tenga en cuenta los principios, los valores y los fines del ordenamiento jurídico, así como el contexto histórico, social y cultural de cada situación. Este paradigma se relaciona con el neoconstitucionalismo, que postula la existencia de principios y valores morales que orientan la aplicación del derecho, especialmente en los casos difíciles o controvertidos. El neoconstitucionalismo se inspira en el iusnaturalismo pero sin negar la validez del derecho positivo. El neoconstitucionalismo también se apoya en la argumentación jurídica que se convierte en una herramienta fundamental para resolver los problemas jurídicos y para garantizar la coherencia, la racionalidad y la legitimidad del derecho. El neoconstitucionalismo se diferencia del positivismo jurídico al que critica por su rigidez, su formalismo y su incapacidad para responder a las demandas de justicia social y de participación democrática. El neoconstitucionalismo también se distingue del realismo jurídico, al que reprocha por su subjetividad, su indeterminación y su falta de seguridad jurídica.

El paradigma consensual afirma que el derecho es el resultado de un proceso de deliberación y acuerdo entre los diversos actores sociales, que buscan resolver sus conflictos y alcanzar sus intereses de manera pacífica y racional. Este paradigma se vincula con la teoría de

la argumentación jurídica, que propone que el derecho se construye a través de la comunicación y el diálogo entre los sujetos jurídicos, que deben respetar ciertas reglas y criterios para lograr una solución aceptable y justificada. La teoría de la argumentación jurídica se nutre del iusnaturalismo, al que recupera como una fuente de valores y principios universales de justicia, pero también del positivismo jurídico, al que reconoce como una fuente de normas y procedimientos formales. La teoría de la argumentación jurídica se diferencia del realismo jurídico, al que cuestiona por su relativismo, su escepticismo y su pragmatismo.

El paradigma crítico sostiene que el derecho es una expresión de las relaciones de poder y de dominación que existen en la sociedad, y que sirve para legitimar y reproducir las desigualdades y las injusticias que afectan a los grupos más vulnerables y marginados. Este paradigma se asocia con el realismo jurídico, que se basa en la observación empírica y sociológica del derecho, y que revela las influencias políticas, económicas y culturales que determinan el comportamiento de los operadores jurídicos y el resultado de las decisiones judiciales. El realismo jurídico se opone al iusnaturalismo al que considera una ilusión o una ideología que oculta la realidad del derecho. El realismo jurídico también se enfrenta al positivismo jurídico al que acusa de ser una ficción o una abstracción que ignora la realidad del derecho. El realismo jurídico reconoce el papel de la argumentación jurídica, pero solo como una estrategia o una técnica para persuadir y convencer, no como una garantía de racionalidad o de verdad.

En conclusión, el derecho es una realidad multifacética y cambiante, que se adapta a las necesidades y demandas de la sociedad. El concepto de derecho no es único ni definitivo, sino que depende de la perspectiva y el enfoque que se adopte para analizarlo y comprenderlo. Los paradigmas jurídicos son modelos teóricos que intentan explicar y justificar el derecho, pero que también lo influyen y lo transforman. La discusión sobre el concepto de derecho y los paradigmas jurídicos es una discusión permanente y necesaria,

que permite el avance y la renovación de la ciencia del derecho, así como la reflexión crítica y la evaluación de la práctica jurídica. La discusión sobre el concepto de derecho y los paradigmas jurídicos es una discusión que implica no solo a los juristas, sino también a los ciudadanos, que son los destinatarios y los protagonistas del derecho. La discusión sobre el concepto de derecho y los paradigmas jurídicos es una discusión que contribuye al desarrollo de una cultura jurídica democrática, pluralista y participativa, que busca la realización de los valores de justicia, libertad, igualdad y solidaridad.

Bibliografía

255 /

Alfonso Ruiz, M. “Grocio, Pufendorf y el iusnaturalismo racionalista”

Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México) – enlace directo: url: <https://www.juridicas.unam.mx/>

Aftaliòn, Enrique R., Vilanova, Josè, Raffo, Julio (2004) “Introducción al derecho”. 4ta. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aries

Atienza, M. (1991). Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. (2016). La teoría de la argumentación jurídica, la versión de Robert Alexy. Revista Jurídica del Perú.

- Bardazano Gianella La relación entre Derecho y Moral en el positivismo jurídico de Joseph Raz, Montevideo, febrero 2015.
- Bayer, K.G. 2017, Hans Kelsen. Vida y Obra. Revista de la Facultad de México.
- Delgado Rojas, J. I. “El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII y el primer movimiento codificador europeo”
- García Márquez, Eduardo (1995) “Introducción al Estudio del Derecho”. Editorial Porrua, S.A. México. D.F.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, The Concept of Law, 1961, p. 81.
- Nahum Montagud Rubio, John Langshaw Austin: biografía de este filósofo, <https://psicologiamiente.com/biografias/john-langshaw-austin>, 01/09/2023.
- Nino, Carlos Santiago (1996) “Introducción al análisis del derecho”. 2º edición, ampliada y revisada, 8º reimpresión. Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Los paradigmas en la teoría jurídica. <https://www.revistamisionjuridica.com/los-paradigmas-en-la-teoria-juridica-transformaciones-acerca-de-la-interpretacion-sobre-que-es-el-derecho/>.
- PARADIGMAS DEL DERECHO, REFLEXIÓN Y DERECHOS SOCIALES. <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/19466/20626>.
- Paradigmas y métodos de la investigación jurídica. <https://www.uv.mx/dderecho/plan-01/>.
- La enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/07/la-ensenanza-del-concepto-de-derecho-desde-la-filosofia-del-derecho-contemporanea.pdf
- Grandes teorías del derecho: iusnaturalismo, positivismo y realismo. <https://lpderecho.pe/teorias-derecho-iusnaturalismo-positivismo-realismo/>.

La Universidad Pública como herramienta necesaria para el acceso a la justicia

| Malvarez, Laura Victoria |

La Universidad Pública como herramienta necesaria para el acceso a la justicia

Introducción

Partiendo de la premisa de que el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental para cada una de las personas, consagrado constitucionalmente y plasmado en distintos cuerpos normativos a nivel internacional, la cuestión que nos convoca en esta oportunidad tiene que ver de manera puntual con una política institucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, que interviene actuando como “puente” entre el sujetos justiciable y la jurisdicción y buscando garantizar el ejercicio efectivo de este derecho para personas de sectores vulnerables de la sociedad en la que se encuentra inmersa.

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de nuestra universidad tuvo una muy destacada y valiosa participación en el proyecto ARG/16/022 denominado ‘Promoviendo los Objetivos de Desarrollo Sostenible a través del acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad’ aprobado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación con el apoyo del Programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a través del cual se brindó durante el año 2018 y parte del 2019 asesoramiento jurídico integral y patrocinio jurídico gratuito a mujeres en situación vulnerabilidad para garantizar el derecho humano al acceso a la justicia, a raíz de ello y como una política institucional se crea por resolución N.º 337

Consejo Directivo, de fecha 16 de mayo de 2019, el Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad con su respectivo reglamento que se incorpora como anexo.

Dos son las misiones principales que tiene el Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad, la primera de ellas, consiste en brindar asesoramiento jurídico gratuito y/o patrocinio jurídico a personas de grupos desventajados y en situación de vulnerabilidad, y que de otra manera, si no es mediante esta oficina o a través de la Defensoría de Pobres y Ausentes no pueden acceder a la jurisdicción y ver satisfecho su derecho de acceso a la justicia, y por otro lado, la formación en el ejercicio práctico de la profesión de estudiantes avanzados de las carreras de la casa de estudios que realicen su práctica vocacional orientada, para que al momento de egresar sean profesionales idóneos y no solo eso, sino que además con valores de solidaridad, justicia, trabajo en conjunto.

El presente trabajo aborda el papel importante que ocupa la Facultad de Derecho, como institución pública, formadora de profesionales y como constructora de la sociedad que no puede estar ajena a las necesidades del contexto, con especial atención a los sectores vulnerables de la población. Podemos mencionar que uno de los problemas que tiene la población, más aún las personas de estos sectores, es la imposibilidad de acceso a la justicia, sobre todo por el hecho de que para hacerlo deben pagar tasas judiciales y la asistencia técnica de un profesional del derecho, por lo que este espacio funciona como “un puente” para que quienes no puedan hacerlo a través de las defensorías públicas, lo hagan contando con esta valiosa herramienta.

259 /

Estado del conocimiento

A través de estas líneas buscaremos indagar acerca de cuál es la importancia de la universidad pública como herramienta necesaria, para el acceso a un derecho humano fundamental, como lo es acceso

a la justicia, y de manera puntual para sectores vulnerables de la población.

A tal fin se desarrollará conceptualmente el acceso a la justicia como derecho humano fundamental y de manera puntual una herramienta con la que cuenta el justiciable en la ciudad de Corrientes, que se corresponde con una política institucional que funciona en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

En este contexto, no podemos dejar de mencionar las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, donde se plasma entre otras cuestiones, la preocupación de que el sistema judicial de los países, funcione en real defensa de los derechos y garantías de los justiciables, y sobre todo teniendo en miras a las personas más vulnerables de las sociedades. Las mismas tienen amplio en la normativa local ya que fueron incluidas de manera expresa en los códigos de procedimientos de la provincia de Corrientes, y con anterioridad a las reformas de los mismos, mediante Acuerdo del Superior Tribunal de Justicia.

La Regla 3 establece que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

Sostiene Cárcova (2009) que:

un panorama social y cultural que indica que enormes contingentes de individuos, por diversos motivos, progresivamente más y más insidiosos, se encuentran privados de tales derechos; que no están en condiciones siquiera de reclamarlos, que no acceden a la jurisdicción, que no pueden o no saben requerir el auxilio de los jueces (p.49)

A lo largo de la historia el concepto de acceso a la justicia ha ido variando en consonancia con la época y la realidad de ese momento, afirma Marabotto Lugaro (2003) que entre la evolución del concepto de acción y el sentido que tiene el proceso, existe una relación como así también con el mismo concepto de acceso a la justicia. Lo que para este autor pone en evidencia la vinculación de las ideologías o ideas filosóficas reinantes en una época. Según continúa expresando, el proceso es el instrumento adecuado para que el derecho pueda funcionar en forma adecuada y oportuna, y que el Estado pueda dar respuesta a los planteamientos de las personas que presentan su petición, e indicar el derecho aplicable al caso concreto.

A partir de esto resulta trascendental que todas las personas, sin distinción alguna, puedan acceder al proceso.

Por lo cual, afirma Marabotto Lugaro (2003):

Si el Estado o la sociedad organizada ha monopolizado —en principio— el dilucidar las contiendas, debe hacerlo a cambio de darles a todas las personas la posibilidad cierta de poder acceder fácilmente a ese instrumento o medio a que aludimos. De ahí nuestra preocupación sobre el tema. Múltiples son los factores que afectan ese acceso o que lo traban, a veces de manera absoluta o que deviene con esas características. Y atento a la importancia que para la efectividad del derecho de las personas tiene un fácil acceso a la justicia, es que corresponde estudiar detenidamente la cuestión, para que tal derecho no se frustre. (p. 292)

261 /

En consecuencia, este derecho humano fundamental se encuentra plasmado dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, como también en distintos pactos internacionales, con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22) que dan cuenta de su importancia y la necesidad imperiosa de buscar la forma de asegurarla, sea mediante la implementación de políticas públicas, que no dejen de tener en

miras en sus diseños diversos mecanismos de reclamos para ser puestos en práctica en caso de ser necesario.

Es decir que este derecho de acceso a la justicia se constituye en un deber del Estado, que debe velar para que de alguna manera se torne efectivo su cumplimiento.

Afirma Couture (1958):

Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el “qué es la acción”) debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción. (p.71)

Podríamos decir que el tema que nos ocupa, es decir el acceso a la justicia, ingresó en agenda pública de los Estados a principios de década del 60, es decir que desde ese momento se constituyó en una cuestión problematizada, para la cual se adoptarían políticas públicas en miras de poder brindar posibles soluciones viables.

Ahora bien, y de manera concreta en la ciudad de Corrientes, Provincia de Corrientes, la situación problemática que se presenta, tiene que ver con personas de grupos vulnerables de la población que están desorientadas en cuanto a que oficinas u organismos concurrir para resolver ciertas cuestiones o bien cuyos casos y consultas, no son atendidos por la Defensoría Oficial, a raíz del cúmulo de causas en las que se interviene y se encuentran en trámite a través del mencionado organismo dependiente del Poder Judicial de la Provincia y como la universidad pública, a través de una de sus unidades académicas intervino para poder abordar esta situación a todas luces de desigualdad para un grupo de la población.

Algunas de estas personas, no pueden ejercitar su derecho de acceder a la justicia mediante este Organismo dependiente del Poder

Judicial y terminan siendo derivadas la oficina de patrocinio jurídico gratuito, que funciona, se crea y regula como una política institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste.

Las personas que llegan a la oficina, a través del “boca en boca” o bien desde los mismos juzgados u órganos dependientes del Poder Judicial se les aconseja concurrir para evacuar sus consultas y buscar ver satisfechos sus derechos.

En el consultorio jurídico, son atendidas personas físicas que carecen de los medios económicos necesarios para contratar los servicios de un profesional rentado o bien carecen de información suficiente acerca e los lugares a donde concurrir ante determinada situación o bien la información con la que cuentan es insuficiente o poco clara.

En sus inicios, hacia fines del año 2017, se atendían consultas y causas de mujeres en situación de vulnerabilidad del NEA, pero poco a poco esta atención se fue extendiendo a toda persona que lo necesite, siempre que no cuente con los medios económicos suficientes para promover un proceso judicial y pagar los honorarios de un abogado o abogada de la matrícula. Resulta destacable mencionar que se atendieron y atienden consultas con el respectivo posterior seguimiento de trámites administrativos de personas que necesiten efectuar o plantear reclamos ante organismos como ser ANSES, IPS, INVICO, Registro Provincial de las Personas de Corrientes, por mencionar algunos.

En cuanto al aspecto metodológico, lo que planteamos a través de estas líneas se corresponde con estudio directo siendo posible, dado el contacto, tanto con las personas consultantes como con la cotidiana actividad judicial y tribunalicia.

Siendo posible aplicar un método mixto, utilizando una combinación de métodos cuantitativos y cualitativos. El cuál involucra la colección de datos tanto cuantitativos como cualitativos en respuesta a la pregunta o hipótesis que se plantea.

Los métodos de investigación cuantitativa se usan principalmente para comparar datos con orientación numérica. El rigor científico se fundamenta en la fiabilidad y la validez de los datos, como así el método de investigación cualitativa nos sirve para entender el significado de un fenómeno, donde las palabras son el dato de interés. El rigor científico en estos métodos se basa en la credibilidad, la confiabilidad, la transferibilidad y la consistencia general.

Marco teórico

Un importante grupo de pensadores, analizó y escribió acerca de la importancia de la teoría crítica del derecho en las ciencias sociales. Esta corriente del pensamiento surge como respuesta a lo que se consideró como el reduccionismo positivista.

Tras largos años de predominio del pensamiento jurídico positivista,^{\ 264} fueron adquiriendo relevancia otro tipo de corrientes iusfilosóficas, que de alguna manera pretendían ir superando la mirada estrechamente normativista que esta planteaba. Para esta nueva camada de autores y pensadores que adhieren a la corriente que nos convoca en esta oportunidad, resulta aceptable la posibilidad de fundar juicios morales y reflexionar acerca de ello.

Esta corriente de pensamiento, surge en Europa del período entreguerras del siglo XX, e históricamente asociado a la Escuela de Frankfurt, un grupo de investigación muy importante en el pensamiento occidental del siglo XX, constituido en la Universidad de Frankfurt. Adhería a las teorías de Hegel, Marx y Freud sobre la sociedad y la historia.

Nuestro país no quedó aislado de este contexto, y la recepción de sus postulados de esta nueva escuela del pensamiento se hizo visible a través de destacados exponentes nacionales, alguno de ellos que podemos mencionar son: Carlos María Cárcova, Enrique Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman.

Llegando finalmente a tomar trascendencia luego de la última dictadura militar del año 1976, a causa de ella muchos de estos pensadores se vieron obligados a optar por exiliarse fuera del país.

Luego de este periodo histórico de nuestro país, se consolidaron ciertos postulados como los del discurso social y jurídico, el valor del derecho, la democracia y su revalorización, la primacía y respeto de los derechos humanos.

Conclusión

Como corolario de estas líneas, y siguiendo a Cárcova (2009) podemos decir que los inconvenientes que trae aparejado como derecho humano fundamental el acceso a la justicia, es que aún sigue siendo un tema preocupante para gobernantes, sociólogos, juristas, etc., sobre todo dada aún la pronunciada brecha de desigualdad imperante en nuestra sociedad.

265 /

Respecto de los resultados podríamos afirmar que el Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, resulta ser un valioso puente para que aquellas personas que no tengan posibilidad de acceder a la justicia a través de algún organismo, como puede ser la Defensoría Oficial, puedan hacerlo y ver efectivamente satisfecho su derecho de acceso a la justicia.

Así también destacar la importante función social de la Facultad, que mediante está política institucional no se encuentra alejada de las necesidades del contexto, brindando un servicio a la comunidad para el acceso a la justicia.

Incluso, por más que durante el año 2020 se vio interrumpida la actividad presencial a raíz de la situación de pandemia, y también la concurrencia de estudiantes para realizar su práctica vocacional orientada, en medida de lo posible la actividad judicial siguió su curso, retomando la presencialidad de manera progresiva durante el 2021 y con cumplimiento de las medidas de prevención y cuidados

correspondientes. Es decir que el servicio jurídico se siguió prestando incluso ante esa realidad que nos tocó.

Finalmente y a modo de cierre, destacar la importante función social de la Universidad Pública a través de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Jurídicas, brindando un servicio gratuito a la comunidad, con valores de solidaridad y un marcado compromiso social, para atender las situaciones de mujeres en situación de vulnerabilidad, como así también evacuar consultas jurídicas de personas que carecen de medios económicos, con la puesta en práctica de la extensión universitaria por medio del desarrollo y alcance del consultorio jurídico.

Esta labor permite una vinculación directa con la sociedad, con un servicio jurídico gratuito, permitiendo llegar a los sectores más vulnerables a través de la asistencia y representación legal brindada, permitiendo superar situaciones de indefensión, promoviendo el real y efectivo acceso a la justicia y con el compromiso diario de seguir avanzando en el mismo sentido.

\ 266

Bibliografía

- Abramovich, V.y Pautassi, L. (comp.) (2010). La medición de derechos en las políticas sociales. Buenos Aires: Del puerto.
- Cárcova, C.M. (2013). Las Teorías Jurídicas Post Positivistas. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Couture, E. (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Dietz, M. (2018). Tutela judicial de los derechos humanos. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Entelman, R. (1985). Discurso normativo y organización del poder. La distribución del Poder a través de la distribución de la palabra. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2902-2730-1-PB.pdf> (<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>)
- Lahera, E. (2044). Política y políticas públicas. Naciones Unidas. Cepal. Santiago de Chile.
- Marabotto Lugaro, J. (2003). Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. Anuario de derecho constitucional Latinoamericano. Edición 2003. pp. 291-301. <https://fundacion-rama.com/wp-content/uploads/2022/04/2101.-Anuario-de-Derecho-%E2%80%A6-2003-Konrad.pdf#page=285>
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 4-6 de marzo, 2008, <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconformativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasilia-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>
- Ruiz, A. (2011). Asumir la vulnerabilidad. Revista institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (1) 1, 37-46. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29256.pdf>
- Ruiz, A. (2013). Teoría Crítica del Derecho y Cuestiones de Género. <http://portal.iedf.org.mx/biblioteca/descargasC.php?id=77>
- Tamayo Sáez, M. (1997). El Análisis de las políticas públicas. https://politicas.typepad.com/files/tamayo_el-analisis.pdf

Análisis epistemológico de la
Sentencia N° 223/22,
"B., N.N.S/ RECURSO DE
REVISIÓN" de la Sala Penal
del Superior Tribunal de Justicia
del Chaco

| Mañak, Tatiana Nuria |

Análisis epistemológico de la Sentencia N° 223/22, “B., N.N.S/ RECURSO DE REVISIÓN” de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia del Chaco

Resumen

El presente artículo pretende analizar el discurso de los jueces de Sala Penal de la provincia del Chaco a través del fallo judicial mencionado, en el que se ha abordado la perspectiva de género. Para ello se hace un abordaje epistemológico, desde la perspectiva critica. Se efectúa un análisis del discurso del fallo judicial novedoso, a fin de determinar el comportamiento de los jueces en su función revisora de sentencias de primera instancia. En ese orden, se observa una nueva orientación hacia principios contenidos en Tratados de Derechos Humanos Internacionales, alejándose de la visión tradicional de revisión circumscripta al positivismo, comprobándose una actividad judicial transformadora, redefiniendo el derecho hacia un enfoque de derechos humanos universales, desde una postura epistemológica neoconstitucional.

269 /

Keyword: Sala Penal, epistemología, neoconstitucionalismo, perspectiva de género, Chaco.

Introducción

El derecho como ciencia jurídica, en especial el derecho penal, se asocia con la subsunción de la conducta descripta en el tipo penal, interpretada en el corchet que impone el principio de legalidad de claro corte positivista. Esta garantía de claro corte positivista, obliga a que luego de la verificación de la conducta, se proceda a la aplicación de la norma, generalmente tomando la conducta de manera aislada para definir la subsunción normativa.

El derecho penal no escapa a la discusión de las posturas positivista o críticas, que nacen dentro de este debate. Es la filosófica del derecho la que aporta los elementos epistemológicos para el análisis del discurso contenidos en las sentencias judiciales.

Como un brazo del positivismo, emerge la dogmática de la ciencia penal, cuya característica es la neutralidad, política y moral, utilizada como garantía constitucional y como herramienta metodológica para identificar y subsumir conductas humanas en figuras delictivas, y en consecuencia la sanción punitiva impuesta por los magistrados.

En tanto el neoconstitucionalismo, sugiere que, en las sentencias judiciales, además de las estructuras lógicas tradiciones, se verifique la visión compleja y universal que proponen los derechos humanos, a fin de cumplir con la función judicial contemplando los principios del derecho, en conjunto con la norma penal.

Por otro lado, actualmente se visibilizan las estructuras de poder dominantes a través del tiempo, que han dejado de lado el análisis del contexto machista en el cual se han sancionado las leyes, por lo que en la actualidad se requiere la incorporación de nuevos paradigmas como la perspectiva de género para corregir esas desigualdades estructurales, que hacen promueven soluciones injustas.

En esa línea, se propone problematizar desde el debate epistemológico, la Sentencia N° 223/22, “B., N.N.S/ RECURSO DE REVISIÓN” emanada de la sala penal del Superior Tribunal de la Provincia del Chaco en el año 2022, para conocer y determinar si los

jueces han realizado una interpretación descriptiva del derecho (tesis positivista) o por el contrario si adoptan principios orientados por los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra constitución nacional.

Se pretende responder si en el caso en estudio la sala penal del superior tribunal de la provincia, se han tomado principios del orden convencional, y si de esa manera se han incluido efectivamente la herramienta de perspectiva de género para que la actividad jurisdiccional sea transformadora en cuanto a nuevos enfoques epistemológicos.

Como metodología, utilizare el estudio observacional descriptivo interpretativo (Ynoub, 2011), basado en una revisión documental de la sentencia de Sala Penal de la Provincia del Chaco en estudio, publicada en el sitio web de la institución durante el año 2022, en las cual se ha abordado el estudio con perspectiva de genero

Los resultados se presentan a partir del análisis del discurso de la sentencia N° 223/22, “B., N.N.S/ RECURSO DE REVISIÓN” dictada durante el año 2022, se examinan las perspectivas epistemológicas de la teoría critica neoconstitucionalista, con el objetivo de enmarcar la sentencia judicial dentro de esa discusión.

Analizados a desde la perspectiva epistemológica neoconstitucionalista, analizaré si la actividad judicial analizada es transformadora, o por el contrario, no ha logrado incorporar en el discurso los principios que hacen que una sentencia sea realmente justa.

271 /

Teoría critica neoconstitucionalista

Con el surgimiento del constitucionalismo y el convencionalismo, se comenzó a elaborar, una teoría de la argumentación jurídica critica que posibilite a los jueces justificar una decisión judicial sostenible en el Estado Constitucional y democrático Derecho.

Es por ello que, las transformaciones del Derecho desde mediados del siglo XX han sido intensas, se pasó de constituciones que solamen-

te eran discursos que no tenían mayor vínculo con el ordenamiento jurídico a constituciones que se convertían en el eje central del ordenamiento jurídico, apareciendo lo que se ha denominado teóricamente como la supremacía constitucional, donde los principios y los derechos fundamentales tienen carácter de obligatoriedad por parte de las instituciones estatales. (Llano Franco, 2017)

Actualmente el pensamiento crítico no es un corpus monolítico o una sola visión, sino una heterogeneidad de posiciones que intenta constituirse sobre una base epistémica diferente a la “moderna” (compleja, poscolonial, transmoderna entre otros) que comparten en el positivismo hegemónico, y el iusnaturalismo racionalista, ya que en el pensamiento jurídico crítico no existe un intento de reconciliación con estas corrientes de pensamiento jurídico, sino un intento de superación (Valladares, 2020, pág. 171).

Por lo tanto, el pensamiento jurídico crítico contemporáneo, no está condenado solo a señalar las insuficiencias del positivismo, sino que, en la contingencia, apuesta a la construcción de un sistema argumentativo coherente, que permita la construcción sistemática sometida a la revisión permanente, e incluso cuestionarla y superarla (Valladares, 2020, pág. 172).

En el elenco de filósofos críticos, dentro de la corriente neoconstitucionalista, encontramos a uno de los más relevantes, Robert Alexy, que explica el fenómeno jurídico a través de su Teoría de la Argumentación Jurídica, centrando su atención en el proceso por medio del cual el derecho se crea y se explica. A través de su teoría, demuestra que las decisiones jurídicas no sólo están determinadas por la ley, los precedentes judiciales o la doctrina jurídica, sino también por valores morales y principios metajurídicos.

Así pretende fundamentar racionalmente la forma en que se realiza el fenómeno jurídico, y establecer máximas a través de las cuales se realiza este proceso, a fin de asegurar su control racional, ya que concibe al derecho como un sistema normativo que nace se desarrolla, se aplica y se transforma a través de formas complejas de diálogos

o discursos en los que vienen interlocutores de diferente tipo y en el que se encuentran diferentes niveles.

Mas importante aún es que en la construcción del discurso jurídico, incorpora la legitimación de la “corrección” de las normas y juicios de valor, lo que desde mi punto de vista, hace a la teoría alexiana de vital importancia, ya que propone tres formas de vincular a la moral con el derecho: “En primer lugar, la moral puede ser vinculada al derecho positivo a través de la incorporación de principios y argumentos morales; en segundo lugar, por medio de que la moral delimita el contenido posible del derecho; y en tercer lugar, porque la moral justifique un deber de obediencia al derecho”, es decir que aborda los problemas de la inclusión, el límite y de la justificación respectivamente (Vigo, 2003, pág. 207).

La teoría de Alexy se basa en la teoría habermasiana del discurso, en el que el concepto de razón práctica es la idea clave, “Unidad de la razón práctica” significa que el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un intento de institucionalizar la razón práctica, que justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas; por lo que los argumentos prácticos generales tienen que estar inmersos en todas las instituciones.

La formación de un concepto de discurso práctico que abarque los argumentos morales, éticos y pragmáticos es, al mismo tiempo, algo sensato y necesario, sensato porque una argumentación puramente moral, esto es, una argumentación que sólo se ocupe de lo que es “igualmente bueno para todos los seres humanos” no es suficiente para solucionar una cuestión práctica”; y necesario porque en muchos casos los argumentos éticos y pragmáticos deben ser completados con argumentos morales para conseguir la respuesta a una cuestión práctica (Bonorino Ramirez, 2012, págs. 81-82)

Otro autor de la corriente neoconstitucionalista, Gustavo Zagrebelsky, coincide con Alexy en que el derecho actual está compuesto de reglas y principios, y en que las normas legislativas que son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre

derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por ello, distingue los principios de las reglas, sosteniendo que ello es a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.

Por lo tanto, insiste en poner en pie de igualdad de estilo argumentativo, y destaca que los derechos constitucionales se asemejan en su formulación universalista y abstracta a los principios de derecho natural, agregando que la constitución no es derecho natural sino la manifestación más alta del derecho positivo.

De este modo, los principios no parecen de por sí un nexo entre el derecho y la moral, sino que la vinculación surge del proceso de ponderación asociado necesariamente a los principios. Por ello, la pluralidad de principios y la ausencia de jerarquía confieren a su aplicación un carácter eminentemente creativo, por lo que acude a la concepción de Alexy tomando los principios como mandatos de optimización (García Figueroa, 1996, pág. 95).

Sostenía que la Constitución no puede identificarse con un derecho natural ya que, al ser una manifestación del derecho positivo, existe correspondencia entre el derecho natural y el derecho constitucional. Por lo tanto, fundamentó la positivización en el ordenamiento jurídico de los contenidos morales que son compartidos por los derechos naturales de manera contingente e histórica (Garrido Ochoa, 2012, págs. 119-120).

Para el jurista italiano, el tránsito del Estado de derecho decimonónico al constitucional contemporáneo equivale al paso de un “derecho por reglas” a “un derecho por principios”, que refleja la sustitución de la soberanía concreta de la ley por la soberanía abstracta de la Constitución.

Allí introduce una interesante traducción política, sosteniendo que ya no se puede concebir el derecho como una unidad de ordenamiento, según la rígida lógica de las reglas, sino que se impone una unidad dúctil, regida por la lógica propia de los principios, contemplando la multiplicidad lógica que encierra la constitución, reforzando la constitución moral del derecho (García Figueroa, 1996, pág. 96).

Esa ponderación de principios, será realizada por los tribunales al aplicar en la práctica el derecho positivo, que es el modo ordinario de operar en la vida práctica del derecho, de formar un derecho vivo. Concibe a la ciencia del derecho como una ciencia práctica, y no simplemente analítica como lo sostuvo el positivismo tradicional que separa creación del derecho (política) y conocimiento jurídico (ciencia jurídica), cuyo propósito es el conocimiento, a lo sumo, de la voluntad trascrita en las normas.

Teoriza respecto al derecho sosteniendo que es un “derecho viviente” directamente experimentado en la sociedad mediante relaciones jurídicas, actos y comportamientos materiales; y teniendo en cuenta que esas particularidades de la vida jurídica concreta de una sociedad, está destinado a alcanzar las salas de la justicia y a provocar decisiones judiciales, por lo que el derecho viviente jurisprudencial tiende a aproximarse al derecho viviente sociológico. De esta forma, imprime el carácter *«realista»* de la jurisprudencia constitucional, que se revela en la aplicación concreta del ordenamiento jurídico, y que se revela como un elemento característico de la situación actual de la justicia constitucional (Zagrebelsky, 2010, pág. 440).

275 /

El discurso jurídico

Actualmente, los encargados de impartir justicia son protagonistas, y se los insta a interpretar y aplicar conceptos jurídicos que no fueron definidos por ellos, sino por el órgano legislativo, pero que han de ser llevados a la realidad de los justiciables a través de sus sentencias en cada caso concreto.

Sobre estas premisas, analizaremos la argumentación jurídica, ya que como sosténían los filósofos mencionados, el discurso no es sólo texto, sino que deviene de una construcción social y se proyecta más allá de él, es una estructura social e institucionalmente específica de enunciados, categorías, creencias y términos. En ese sentido el discurso jurídico es la expresión de poder a modo de acción.

El discurso tiene sus raíces en la historia, y es la representación de las representaciones de poder y dominación patriarcal. Así es que las premisas que integran el discurso judicial se erigen sobre verdades y valores, que son el resultado de los poderes y los saberes instituidos solo por el hombre (Custet Llambi, 2021).

Lo expuesto se desprende del hecho histórico, de la exclusión de las mujeres de los ámbitos de educación y toma de decisiones, recordándose hace menos de un siglo que las mujeres somos capaces de votar, y recientemente se ha sancionado la ley de paridad de género en los ámbitos de representación política, por lo que por al menos en nuestro país las mujeres han sido mantenidas fuera de los ámbitos de poder.

Por otra parte, comprobamos que si bien el discurso jurídico es la expresión de un orden de género establecido, a la vez tiene la capacidad de hablar y enunciar nuevas reglas mediante el establecimiento nuevos imaginarios, relaciones y jerarquías de poder, como decía Zagrebelsky. la justicia, a través de las sentencias judiciales se erige como herramienta que nos permite llevar a la práctica los principios que han sido incorporados convencionalmente, entre ellos la perspectiva de género, que se vuelve operativa en las decisiones judiciales.

\ 276

Perspectiva de género

Ahora bien, al parecer el concepto de perspectiva de género es nuevo, ya que recientemente los comenzamos a percibir en las sentencias judiciales de los tribunales nacionales e internacionales, no obstante, el término se incluyó por primera vez en el discurso de la Organización de Naciones Unidas en 1975, en relación a las políticas de ayuda al desarrollo de las mujeres, al cuestionarse que unas políticas aparentemente neutrales podían tener como efecto la consolidación de las desigualdades de género. En las cuatro conferencias mundiales sobre las mujeres, (promovidas desde Naciones Unidas entre

1975 y 1995 en México, Copenhagen, Nairobi y China), la igualdad de las mujeres y su contribución al desarrollo y la paz de las Naciones se convirtió en un tema central. Como resultado, el concepto perspectiva de género se consolidó en la Conferencia de Beijing en 1995, donde por primera vez se aborda el concepto de género, y también la violencia contra las mujeres, como una vulneración de los derechos humanos (Poyatos Matas, 2019).

Podemos conceptualizar a la perspectiva de género, como un instrumento cuya finalidad es impregnar de manera transversal las leyes, instituciones y sistemas organizativos de la sociedad del ideal de igualdad entre varón y mujer, tanto formal como materialmente, para alcanzar ese objetivo (Miranda Novoa, 2012). Por lo tanto, es una herramienta en la búsqueda de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, que permite detectar situaciones en que estas últimas son víctimas de discriminación, buscando la transformación de las condiciones sociales que contribuyen a perpetuar el rol asignado a la mujer en una ubicación de subordinación al hombre (Tobar Cid, 2022).

De esta manera, se la considera como un mecanismo de igualdad transversal, que pretende tener en consideración los intereses de las mujeres, evitando el mantenimiento de las relaciones de poder y subordinación que han caracterizado las relaciones entre hombres y mujeres en la vida en sociedad.

Así, cuando hablamos de la perspectiva de género en el derecho penal, nos referimos a ejercer la facultad del Estado de sancionar las conductas que afecten los bienes jurídicos más relevantes para la persona, perseguir y juzgar en caso de incumplimiento y ejecutar las sanciones correspondientes, teniendo siempre en consideración la especial situación que vive la mujer ya sea como imputada, condenada o víctima, y sus especiales necesidades; procurando evitar caer en los estereotipos y la discriminación estructural a la que históricamente se ha visto expuesta por el rol que socialmente se le ha asignado.

Como sustento institucional para arribar a un razonamiento con perspectiva de género, encontramos a la normativa internacional de

derechos humanos, en particular, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belén Do Para), instrumentos obligatorios y vinculantes que consagran una serie de deberes del Estado a fin de brindar protección efectiva a la mujer frente a las distintas manifestaciones que tiene la violencia de género, incluyendo entre ellos a los procesos judiciales.

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 5 supuesto a, establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

En este sentido, la CEDAW y las Observaciones Generales del Comité de la ONU que interpretan esa convención, junto a las leyes de violencia contra las mujeres y todos los instrumentos de derechos humanos que exigen que todos los poderes del Estado, tienen la obligación de no sucumbir ante sesgos de raza, nacionalidad, género, edad, u otras, que trazan la ruta los operadores judiciales y obligan a no decidir conforme a estereotipos.

Cabe recordar la Recomendación General N° 33 del Comité de la CEDAW dice:

“En la práctica, el Comité ha observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género,

las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres” (Parr. 33)... “Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y pueden afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos” (párr. 26).

De ello se desprende que la perspectiva de género desempeña una función epistémica al ofrecer una herramienta que permite al juzgador identificar y visibilizar los estereotipos de género que se presentan en el razonamiento probatorio bajo el ropaje de máximas de la experiencia, por lo que la esta herramienta permitiría así desactivar esas formulas estereotipadas, sustituyéndolas por criterios cognoscitivos adecuados con los que el juzgador pueda realizar inferencias probatorias, y valorar las pruebas sin prejuicios ni estereotipos de género (Gama, 2020).

Los prejuicios personales y estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de la investigación, distorsionan sus percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas en lugar de hechos (Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Sentencia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2017), por ello es importante incluir a la perspectiva de género en las sentencias judiciales para que ellas sean realmente justas.

Por tanto, la normativa internacional exige combatir la discriminación mediante el quehacer jurisdiccional, para asegurar el acceso a

la justicia y remediar situaciones asimétricas de poder, así como una justicia libre de estereotipos. Juzgar con perspectiva de género, no es una opción, sino que es un mandato legal, debido a la obligación de realizar control de convencionalidad que obliga a la integración de la dimensión de género en la actividad jurídica y vincula a todos los poderes del Estado, al legislativo, al ejecutivo y al judicial.

Análisis jurisprudencial

En ese marco, recordando que el principio de integración de la dimensión de género en la actividad judicial y que es una obligación normativizada y vinculante para todos los órganos judiciales, durante el año 2022 la Sala Penal del Superior Tribunal de la Provincia del Chaco, ha dictado la Sentencia N° 223/22, “B., N.N.S/ RECURSO DE REVISIÓN”

\ 280

En el caso, la Defensora general adjunta interpuso recurso de revisión respecto de la sentencia de la imputada N. N. B. fue condenada por sentencia N° xxx/17 del 24/11/17 por el delito de abandono de persona seguido de muerte, agravado por ser ascendiente (art. 106 tercer párrafo en función con el art. 107 del Código Penal), a la pena de diez años de prisión efectiva, con más accesorias legales del art. 12, alegando que en la oportunidad la valoración de la prueba estuvo viciada por estereotipos de género por parte de los/as funcionarios/as y magistrados/as intervenientes, afirmando que era bastante común hace unos años, y remarca que la defensa no interpuso recurso de casación contra la sentencia condenatoria por considerar un logro haber obtenido diez años frente a la prisión perpetua solicitada por el fiscal. Agrega que ha existido una variación de la jurisprudencia en los últimos años por aplicación de tratados internacionales que convirtieron en obligatoria la incorporación de la perspectiva de género en los procesos judiciales

En ese marco, durante el año 2022, la Sala segunda del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, dio lugar a un recurso de revisión interpuesto por la defensa pública, abriendo la posibilidad de análisis de la cosa juzgada, al entender que si bien no constituye un hecho nuevo, si se incluye dentro de circunstancias más benignas de aplicación de la norma, en razón de la actual interpretación de la norma a la luz de los estereotipos de género, abriendo en consecuencia la etapa de revisión.

Recordemos que la revisión de una sentencia es excepcional, de estricta interpretación, puesto que se controvierte una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y que en consecuencia debe derivar de las taxativas previsiones contenidas en la ley de procedimiento. En este sentido resulta importante analizar los considerandos mediante los cuales se fundamenta la procedencia del recurso, puesto que el alto tribunal, menciona la justicia o injusticia de la decisión judicial que se pretende revisar.

En el fallo citado, menciona expresamente que

281 /

“la labor del Tribunal de revisión no es determinar si existe o no alguna causa que invalide la sentencia sino sólo y exclusivamente si, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta”, y que “lo sustancial al momento de valorar la admisibilidad de la instancia revisionista –sin desconocer la interpretación restrictiva que corresponde realizar frente a las causales previstas por el código de ritos– debe ser el fundamento que lo justifica; que según la doctrina especializada recae en consideraciones de carácter axiológico que repercuten en el ámbito jurídico, determinando que la sanción aplicada, por ser esencialmente injusta e intolerable, debe ser revisada dejando su paso a la paz social, el valor seguridad jurídica que inevitablemente debe ceder”.

Una vez ingresado al análisis de los hechos juzgados en primera instancia en razón de la alegación de la Defensora General Adjunta, realiza una revisión analítica del resolutorio de primera instancia en crisis, por considerar que el a quo llegó a un fallo condenatorio por el uso de estereotipos de género.

Para arribar a dicha conclusión, ponderó un conjunto de datos que evidenciaban la situación de vulnerabilidad y consecuentemente el contexto de coercibilidad en el que se encontraba la condenada, puesto que ella también era víctima de la violencia de su pareja, dato que los funcionarios judiciales de primera instancia pasaron por alto, sin preguntarse si tenía los recursos suficientes para reconocer lo que sucedía, el peligro al que estaban expuestos la imputada y la víctima y sobre todo, si existía posibilidad alguna de realizar algo al respecto.

En el caso los sentenciados de primera instancia condenaron en base a los estereotipos de género respecto a la crianza de un hijo, que derivaron en la omisión estatal de investigar la violencia de la que también era víctima la imputada, lo que a su vez significó una condena en su contra. En el juicio, no se tuvo en cuenta su estado de vulnerabilidad donde confluían interseccionalmente su edad, la situación de pobreza en la que vivía y el contexto de sometimiento en el que se encontraba inmersa, como tampoco se realizó ninguna actividad estatal para comprobar sus declaraciones como imputada.

Atento a ello, y por considerar que la jueza de primera instancia reproduce expresiones y razonamientos que cristalizan aquello que debe entenderse por “buena madre” o “instinto materno” basándose, en consecuencia, en un prejuicio que carece de sustento racional y jurídico, anula la sentencia de primera instancia por haber comprobado que la sentencia contra la imputada fue dictada en base a prejuicios y estereotipos de género.

Conclusión

Ahora bien, recapitulando las preguntas que nos hemos formulado al comenzar resta contestarnos si desde la perspectiva epistemológica neoconstitucionalista, la actividad judicial analizada logró incorporar en el discurso los principios que han a que una sentencia sea realmente justa. Adelanto mi postura positiva en relación al cuestionamiento planteado, ya que en el caso se presentaron dos cuestiones que implican la aplicación de principios contemplados en el ordenamiento convencional, por cuanto el nuevo tratamiento de los hechos se realizó aplicando perspectiva de género.

El primero de ellos, es que se habilitó el recurso de revisión haciendo ceder la cosa juzgada formal, considerando que no aperturar la instancia recursiva, pese al tiempo transcurrido, convalidaría definitivamente una sentencia de primera instancia injusta.

En este sentido cabe mencionar que se realizó una interpretación conforme al principio *pro homine* de la norma legal, permitiendo el nuevo examen de la cuestión, conforme el planteo de la Defensora General Adjunta de la Provincia del Chaco. Del análisis del discurso de la sentencia judicial entiendo que se han incorporado principios de derechos humanos en cuando a la interpretación de la norma procesal, a fin de armonizar el derecho positivo y la aplicación de principios de orden convencional.

La segunda cuestión, esta relacionado al nuevo examen de la cuestión fáctica, que demuestra que los jueces de la Sala Penal de la provincia, realizaron el máximo esfuerzo posible para concretar la actividad revisora de la sentencia, a fin de corregir una sentencia de primera instancia injusta por estar sesgada de estereotipos de género. En este sentido se observa la fundada crítica al *a quo* por haber realizado una determinación de los hechos e interpretación de la prueba mediante valoraciones estereotipadas y prejuicios.

No obstante, se advierte que la tradición de subsunción del derecho penal mirando en abstracto la norma, nos lleva a la definición

descontextualizada del rol de garante respecto de cualquier peligro que pueda amenazar a un niño o niña, e inmediatamente culpabiliza a la madre, por entender que en primer término es quien tiene la obligación de garantizar el bienestar de sus hijos.

Esta subsunción de la conducta en la norma penal sin atender al contexto, nos lleva a una verificación positiva de la conducta reprochable, llevando en numerosas ocasiones a sentencias de culpabilidad injustas, por no haber considerado la situación de la mujer en el entorno intrafamiliar, por lo que la falta de consideración de estas circunstancias, permite sostener una expectativa que una mujer víctima de violencia no puede mantener y en virtud de ello, se aplican en forma automática y acrítica doctrinas que evidencian un alto nivel de abstracción.

La sentencia analizada nos demuestra que el derecho es un instrumento dúctil, cambiante, abierto y la perspectiva de género es un buen ejemplo para evidenciar la necesidad de aprovechar esta maleabilidad con el objetivo de corregir las situaciones de discriminación de las mujeres. A partir de la decisión publicada por la Sala Penal, es posible contemplar la integración de principios de orden convencional, ya que pone de manifiesto la importancia de analizar la prueba con perspectiva de género, teniendo en cuenta las situaciones específicas de violencia sufridas por la mujer y no subsumir aisladamente la conducta en la norma penal.

Esta Sentencia tiene una alta trascendencia judicial, ya que ha revisado la cosa juzgada formal debido expresamente a la integración de la perspectiva de género en la resolución del conflicto jurídico, integrando de esta forma los principios de derechos humanos a su discurso.

Bibliografía

- Bonorino Ramirez, P. R. (2012). *Modelos argumentativos en la aplicación judicial del derecho*. España: Bubok Publishing S.L.
- Custet Llambi, M. R. (2021). Argumentación jurídica y perspectiva de género: una alianza imprescindible. (A. Perrot, Ed.) *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 99.
- Gama, R. (2020). Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 285-298.
- García Figueroa, A. (1996). El no positivismo principalista el II diritto mite de Gustavo Zagrebelsky. *Anuario de filosofía del derecho XIII*, págs. 87-109.
- Garrido Ochoa, Y. P. (2012). La Concepción de Principio en Alexy, Zagrebelsky: Análisis Comparado. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 8(4). doi:<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.4-num.8-2012-303>
- Llano Franco, J. V. (7 de 3 de 2017). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y derechos diferenciados. *Revista Verba Iuris*, 38, 13-32. doi:<https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.38.1051>
- Miranda Novoa, M. (2012). Diferencia entre perspectiva de género e ideología de género. *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, 337-356.

Palomo Caudillo, C. (2021). “Juzgar con perspectiva de género: de la teoría a la práctica”. *Saber y justicia. Escuela Nacional de la Judicatura República Dominicana*, 38-52.

Poyatos Matas, G. (2019). “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”. *IQUAL. REVISITA DE GÉNERO E IGUALDAD*. doi:<http://dx.doi.org/10.6018/iQual.341501>

Rojas Amandi, V. M. (2002). La teoría de la argumentación jurídica, la versión de Robert Alexy. *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 11, págs. 137-183.

Tobar Cid, C. (2022). Perspectiva de género –femenino– en el Derecho penal: revisión de leyes especiales contra la discriminación de las mujeres. *Política criminal*, 157-186.

Valladares, E. (2020). Retos del pensamiento crítico jurídico contemporáneo ante la complejidad de la racionalidad en la decisión judicial. *Realidad, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*(151), págs. 165-191.

Vigo, R. (2003). *Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy*. Sante Fe: DOXA.

Ynoub, R. C. (2011). *El proyecto y la metodología de la Investigación*. Buenos Aires: Cengage Learning Argentina.

Zagrebelsky, G. (2010). Realismo y concreción en control de constitucionalidad. El caso de Italia. En M. Cabonell, & L. García Jaramillo (Edits.), *El canon neoconstitucional*. Madrid, España: Trotta.

Sesgos algorítmicos y derechos humanos de las mujeres

| Mauriño, Fermín |

Sesgos algorítmicos y derechos humanos de las mujeres

I.- Introducción

La Inteligencia Artificial se ha convertido en un factor clave en nuestras vidas, a veces de manera evidente y otras veces de manera imperceptible, pero su protagonismo en la dinámica diaria de las personas resulta indiscutible. Las redes sociales, los medios de comunicación, la educación, la medicina, la selección de empleo, el gobierno digital, y la industria son algunos ejemplos de sectores en donde la IA ha asumido un rol preponderante. “Esta omnipresencia trae consigo innumerables oportunidades y abre nuevas perspectivas, pero también trae retos, algunos relacionados con ciertos desafíos éticos que pueden aparecer por el tratamiento de datos a gran escala que hace la tecnología. Uno de ellos es la posible aparición de sesgos algorítmicos” (A.A. BETANZOS, 2023) que amenazan con perpetuar e incluso profundizar las desigualdades del presente. Poner el foco en los datos, los modelos y las personas puede servir para construir una inteligencia artificial más «justa» (E. FERRANTE, 2021).

Estos desafíos convocan al derecho como ciencia a buscar respuestas y soluciones jurídicas a problemáticas muy complejas. Se requiere un marco legal que otorgue protección y seguridad a las personas en este universo paralelo, el universo digital, estableciendo límites claros de acuerdo a los valores que como sociedad no estamos dispuestos

a sacrificar en pos del avance de la tecnología. Ahora bien, la necesidad de regulación es urgente pero no es tarea fácil, por cuanto la IA supera fronteras, se requiere de conocimientos en tecnología, y la plataforma fáctica se modifica y evoluciona a un ritmo exponencial.

Como se expuso antes, una problemática detectada en relación a la IA y los derechos humanos se encuentra en la existencia de sesgos algorítmicos. El sesgo algorítmico provoca o es capaz de provocar un impacto desfavorable de la IA respecto de ciertas personas o grupos de personas, aportando respuestas parciales, sesgadas, con prejuicios, distorsionadas. “El problema se presenta cuando estas respuestas afectan de forma importante a los derechos humanos y desembocan en un afianzamiento e incrementos de las brechas existentes. Por último, cuando ese sistema informático propone o toma decisiones erradas para replicar estereotipos de género, se llama sesgo algorítmico de género, que puede derivar en la discriminación algorítmica basada en el género” (N. BELLOSO MARTÍN, 2022), este último será el tema de estudio del presente trabajo. Las mujeres como grupo han sufrido discriminación a lo largo de la historia basada en una relación de subordinación con el varón, construida socialmente. Tal es así que, para promover y garantizar los derechos humanos de las mujeres y la igualdad entre los géneros, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha establecido su protección específica en distintos instrumentos internacionales, entre ellos la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Resulta menester analizar cómo se trasladan esas relaciones de poder históricas entre estos grupos, varones y mujeres, al universo digital y los motivos de que esto ocurra, para adecuar el derecho a las necesidades contemporáneas de nuestra sociedad.

Hay que tener en cuenta que los sesgos algorítmicos no ocurren de manera espontánea. Los algoritmos de IA basados en datos no producen sesgos por sí mismos, pero sí pueden reproducirlos sin la adecuada intervención humana y ello se da en tres de las fases principales: en la recolección de los datos, porque tales datos recopilados

reflejen prejuicios ya existentes; en la preparación de datos de entrenamiento (a la hora de seleccionar y procesar los atributos que le proporcionamos al algoritmo); y en la toma de decisiones (las propuestas y decisiones que se adoptan a lo largo de todo el ciclo de vida del desarrollo inteligente) (N. BELLOSO MARTÍN, 2022).

El presente trabajo tiene por finalidad indagar sobre los sesgos algorítmicos, y sobre los sesgos de género en particular, y analizar los distintos factores que influyen en la producción de los mismos desde la óptica de la teoría crítica feminista.

II.-Estado del Conocimiento

Para introducirnos en la problemática de los sesgos de género, resulta clave analizar dos elementos primarios de la IA: las bases de datos y los algoritmos. En relación a los algoritmos, este concepto constituye la base de todo proceso computacional. Siguiendo a Juan Corvalán (2019) “los algoritmos son a la informática lo que los códigos procesales, procedimentales y los protocolos, son al campo jurídico”. El concepto de algoritmo es uno de los más básicos en ciencias de la computación, y puede definirse informalmente como un conjunto de reglas computacionales que define una secuencia de operaciones para tomar una entrada y la convierte en una salida. Es decir, un conjunto de instrucciones, reglas o una serie metódica de pasos que puede utilizarse para hacer cálculos, resolver problemas y tomar decisiones (CORVALÁN, DÍAZ DÁVILA, SIMARI, 2021). Es decir que el algoritmo es la hoja de ruta que el programador define en la máquina para procesar los datos y convertir una entrada de información, en la información de salida.

Quienes escriben los algoritmos son los seres humanos. Primero analizando el problema, luego describiendo las especificaciones funcionales, así como los pasos que se deben seguir para llegar al resultado. Finalmente, los seres humanos traducen el diagrama de

flujo en un software (AMATO MANGIAMELI, 2023). La falta de perspectiva de género en el diseño del algoritmo, es uno de los factores que generan sesgos de género en la IA.

Resulta claro entonces que el desarrollo de algoritmos no es neutral, sino que se realiza a partir de una decisión en medio de muchas elecciones posibles. En este sentido, como el diseño y la funcionalidad de un algoritmo reflejan los valores de sus diseñadores y de sus usos pretendidos, los algoritmos inexorablemente conducen a decisiones sesgadas. Como hemos argumentado, a la vera de la noción de algoritmo en sentido extendido que hemos propuesto, hay decisiones humanas en cada una de las siguientes etapas: la definición del problema, el diseño y la preparación de datos, la selección del tipo de algoritmo, la interpretación de los resultados y la planificación de acciones a partir de su análisis. Sin una supervisión humana calificada y activa, ningún proyecto de algoritmo de inteligencia artificial podrá lograr sus objetivos y ser exitoso (PEDACE , SCHLEIDER Y BALMACEDA 2023).

291 /

Asimismo, los datos de entrenamiento no aparecen nunca en bruto, ni son independientes e imparciales. El conjunto de datos de entrenamiento es, pues, una construcción cultural, no solo técnica. Usualmente comprende datos de entrada que se asocian con datos ideales de salida, como imágenes con sus descripciones, llamadas “etiquetas” o “metadatos”. Siguiendo a Haraway, Los diversos modos en que nuestro conocimiento es siempre encarnado, parcial y situado, en un sentido que nos desafía a resignificar y redimensionar la objetividad científica, y a abandonar el sueño roto de la absoluta neutralidad valorativa (HARAWAY, 1985, 2019). Esta consideración resulta aplicable a la noción de generación de conocimiento digital, y sus consecuencias en la IA.

Tal es así que los sesgos de género pueden deberse a que el funcionamiento de los algoritmos no ha sido suficientemente examinado en este sentido, o a que el entrenamiento de los modelos se ha realizado con datos históricos cuya calidad no es la

adecuada, entre otros. “Además, es fundamental tener en cuenta que los sesgos no sólo están en los algoritmos, también pueden derivar de desigualdades en el acceso a la tecnología, o de falta de diversidad en los equipos de diseño, entre otros. Estos factores pueden limitar la perspectiva y comprensión holística de los problemas, perpetuando así prejuicios y desigualdades en la IA. Es imprescindible abordar con responsabilidad estos sesgos si queremos garantizar una IA ética, confiable y justa. No es menos importante fomentar la diversidad en los equipos de desarrollo y diseño de tecnologías de IA, para que se reflejen diferentes perspectivas que puedan conducir a soluciones más inclusivas y equitativas” (A.A. BETANZOS, 2023).

“Todos estos problemas se deben principalmente a la infrarrepresentación de mujeres frente a hombres en los datos con los que se entrena los sistemas de IA. A su vez, la ausencia de datos sobre mujeres se debe, por un lado, a la falta de concienciación de las personas que desarrollan los sistemas de IA sobre éstas y otras problemáticas afines, y, por otro lado, a que existen menos datos para describir la realidad de las mujeres que la de los hombres. Otras cuestiones, como la dificultad para hacerse visibles en espacios de poder o la masculinización de la tecnología y todo lo que está asociada a ella, hacen que, a pesar de la ausencia de barreras legales y formales para que las mujeres accedan a todos los espacios donde pueden generar datos, existan otros obstáculos que imposibilitan la igualdad real también a este respecto” (ORTIZ DE ZÁRATE ALCARAZO, 2023). Según el informe de la UNESCO elaborado en 2019, estudios recientes encontraron que solo 18% de los trabajos publicados en las principales conferencias de inteligencia artificial son realizados por mujeres, y que más de 80% de quienes son docentes de inteligencia artificial son hombres. Esta disparidad también se refleja en la industria, donde, por ejemplo, las mujeres representan solo 15% del personal de investigación de inteligencia artificial en Facebook y 10% en Google, dos de las empresas líderes en el área a escala global. Por otro lado, no se cuenta con datos públicos sobre personas trans o con otras iden-

tidades de género. Y a escala regional la situación tampoco mejora. Por ejemplo, según un informe elaborado por la Asociación Chicas en Tecnología y el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe del Banco Interamericano de Desarrollo (intal-bid) sobre mujeres en el sistema universitario argentino entre 2010 y 2016, existen grandes brechas de género en el ingreso y egreso de las estudiantes de las disciplinas CTIM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemática). Así, se observa un registro de 33% de mujeres y 67% de varones (E. FERRANTE, 2021).

Por ello resulta claro, que el desarrollo de IA sin perspectiva de género y sin participación de las mujeres contribuye a la perpetuación los sistemas de desigualdad y vulneran los derechos humanos de las mujeres. Por ello, los estados y la comunidad internacional deben regular el desarrollo de la IA para prevenir los sesgos de género, establecer sanciones a la violación de derechos, y promover una IA más igualitaria.

293 /

III. -Marco teórico

Este trabajo se encuadra dentro de la óptica del pensamiento crítico feminista, una corriente filosófica que busca analizar y cuestionar las estructuras de poder, desigualdades de género y opresiones que persisten en la sociedad. Su enfoque se centra en la intersección entre el feminismo y la filosofía, y sus principales defensores han contribuido significativamente a la comprensión de las cuestiones de género desde una perspectiva filosófica. Se enfoca en examinar y cuestionar las estructuras sociales, políticas, culturales y jurídicas que colocaron a la mujer en un rol de subordinación respecto al varón, y aún hoy en día perpetúan la opresión de género y la desigualdad. Este enfoque analítico y crítico busca comprender cómo el género y otras categorías sociales (como raza, clase y orientación sexual) interactúan para crear experiencias de opresión y marginación (NANCY FRASER Y MARTA LAMAS, 1991).

En este sentido, las críticas feministas sostienen que: “Las críticas del movimiento feminista al Derecho pueden ser catalizadores de transformaciones democratizantes en su interior. Por eso sería beneficioso para los y las juristas y estudiantes de esta disciplina, conocerlas ampliamente y ponerles atención. Estas críticas no van sólo en el sentido de denunciar las discriminaciones que sufrimos las mujeres, cosa bastante necesaria, sino que son mucho más profundas y abarcadoras. Es más, se podría utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la base fundamental del Derecho, que en la opinión de la mayoría de las corrientes feministas, está históricamente condicionada a la parcialidad. ¿Por qué? Por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al varón únicamente, y de éste, sólo al de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc.” (ALDA FACIO, 2000) Esta corriente de pensamiento comparte la lógica de la corriente de pensadores críticos tradicional, pero con un enfoque específico orientado a la desigualdad de género propio del movimiento feminista.

\ 294

El feminismo es un movimiento reivindicador amplio y plural con múltiples ámbitos y niveles de expresión. Si bien no existe una única teoría feminista, en el núcleo de todas sus vertientes radica el interés por la constante discusión sobre las inequidades sociales, la crítica al androcentrismo, la reflexión epistemológica sobre el género y la ubicación social en la ciencia, y la articulación de teorías desde las que se pueda explicar la diferenciación socio simbólica entre mujeres y hombres (SALTZMAN, 1997).

Por ello, al momento de analizar los sesgos de género en la Inteligencia Artificial, y la problemática de discriminación hacia las mujeres en el metaverso -con sus consecuencias en el mundo físico- es clave analizarlo desde la óptica de la crítica feminista que nos interpela a repensar la construcción de los distintos sistemas con perspectiva de género y participación de las mujeres, de lo contrario la IA replicará sistemas patriarcales contribuyendo a perpetuar desigualdades históricas sumamente arraigadas en nuestra sociedad.

Materiales y métodos

Se utilizará un método cualitativo sobre la base de un estudio bibliográfico y de instrumentos normativos, como así también del análisis de casos de sesgos de género. De esta manera, se podrá trabajar a partir de posturas teóricas y de datos secundarios producto de otras investigaciones de autores que abordan la temática. La fortaleza de esta metodología es que nos permite cubrir una amplia gama de posiciones y teorías con sus respectivos datos y argumentos.

Se realizará la identificación y análisis de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, incluidas normas del derecho internacional, que consagran los derechos en juego, y el estudio de casos de violación de derechos a las mujeres por sesgos de género. Se relevará también si existe jurisprudencia en la materia.

Finalmente, se obtendrán los resultados y conclusiones producto de la investigación y de la interpretación que hacemos de los hechos.

295 /

Bibliografía

Alda Facio (2000) Hacia otra teoría crítica del derecho. pp 15-45.

Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho Coordinado por Gioconda Herrera ISBN: 997867053X Editorial: FLACSO Ecuador.

AA Betanzos (2023) Gender on Digital. Journal of Digital Feminism - revistas.uvigo.es

Agata C. Amato Mangiameli (2021) . Big Data Robotics and Rights University of Rome “Tor Vergata, Rome, Italy.

Donna J. Haraway (1995) Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinven-
ción de la naturaleza.

Ediciones Cátedra, S. A., 1995 Juan Ignacio Luca de Tena, 15.28027
Madrid I.S.B.N.: 84-376-1392-2

Enzo Ferrante (2021) Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos
¿Por qué deberían importarnos? revista Nueva Sociedad No 294,
julio-agosto de 2021, ISSN: 0251-3552.

JG Corvalán, LC Díaz Dávila, G Simari (2021) Inteligencia Artificial: Bases conceptuales para comprender la revolución de las revoluciones. Editorial: La Ley ISBN:978-987-03-4152-9

Karina Pedace , Tobías Schleider y Tomás Balmaceda (2023). El caso de la predicción del embarazo adolescente en Salta, Revista CTS, vol. 18, nº 53, julio de 2023 (9-26) □ Lucía Ortiz de Zárate Alcarazo (2023) Sesgos de género en la inteligencia artificial.

Revista de Occidente.

Nancy Fraser - Marta Lamas (1991). La lucha por las necesidades: Esbozo de una teoría crítica socialista-feminista de la cultura política del capitalismo tardío. Debate Feminista Vol. 3, pp. 3-40 (38 pages) Published By: Centro de Investigaciones y

Estudios de Género (CIEG) of the Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Nuria Beloso Martín (2022) ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos? La problemática de los sesgos algorítmicos (Con especial referencia a los de género). Inteligencia Artificial Y Filosofía Del Derecho. Capítulo II. P.45. Ediciones Laborum S.L..

Saltzman, J. (1997). Feminist Theory and Sociology: Underutilized Contributions for Mainstream Theory. Annual Review of Sociology, 23, 97-120.

Igualdad ante la ley vs régimen progresivo de la ejecución penal frente a los fines de la pena estatal

| Micheloud, Naiara |

Igualdad ante la ley vs régimen progresivo de la ejecución penal frente a los fines de la pena estatal

Introducción

La reforma de la Ley Nacional N° 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, introducida por Ley N° 27.375 el 28 de julio del año 2017, puso en el escenario el debate en torno al alcance del artículo 56 bis inc. 10° de dicho texto legal, atento a que éste dispone la prohibición del otorgamiento de beneficios liberatorios a las personas condenadas por delitos de tráfico de estupefacientes, previstos éstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la Ley 23.737.

Sobre este punto es necesario recordar que dentro del universo de los delitos de narcotráfico existen distintos métodos, medios, tipos de sustancias, cantidades, actores, tipos de organizaciones, que el régimen penal de estupefacientes intenta regular. Sin embargo, hay que resaltar que actualmente en materia de tráfico de drogas existe un régimen de imposición de penas que no diferencia, por ejemplo, entre el microtráfico y otros tipos más graves, lo que muchas veces permite que los jueces castiguen de forma desproporcionada las conductas constitutivas de delito.

Dicho de otro modo, hoy por hoy contamos con una ley que apunta más específicamente a la regulación del tráfico de estupefacientes a gran escala y a la participación en la delincuencia organizada. No obstante, hay una realidad que advierte la existencia de otro tipo

de hechos como aquellos aislados, sin conexión con organizaciones complejas, de tráfico de drogas a pequeña escala o hechos cuyos protagonistas se encuentran en situación de vulnerabilidad, léase ésta como aquella perspectiva que rodea al actor, que generalmente implica que el sujeto carece de lo mínimo e indispensable para conservar su vida o la de sus familiares. Y es aquí donde precisamente radica el problema, porque estos hechos son sancionados generalmente con la misma vara que aquellos hechos de mayor envergadura.

A su vez, es significativo resaltar que el Estado posee facultades para reprimir todas estas formas delictivas mediante distintas políticas criminales. Sin embargo, no hay que perder de vista que el uso de las políticas criminales por el Estado se encuentra limitado por un estándar constitucional mínimo que resulta de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con valor supraregal. De manera que la política criminal del Estado debería ceder siempre frente a las garantías de los ciudadanos.

En esa dirección y en virtud del panorama esbozado sintéticamente, se propone llevar a delante una investigación que apunte en primer lugar, a distinguir a aquellos sujetos que, si bien realizan hechos ilícitos previstos por la ley 23.737, actúan en situación de vulnerabilidad. Lograda esta primera aproximación al problema, en segundo lugar, se comparará la ejecución de la pena, con las nuevas restricciones establecidas en la ley 24.660, aplicada a los delincuentes en situación de vulnerabilidad, ocasionales y novatos y a la de aquellos pertenecientes a grandes y complejas organizaciones criminales.

Por otro lado, es fundamental resaltar que la reforma precedentemente aludida también abrió paso a la discusión sobre si, con la misma, se afecta o no la finalidad perseguida por el régimen penitenciario que, en términos propios de la ley (Cfr. Art. 1º ley 24.660), la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción

social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que sería parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.

De esta manera, se pone en tela de juicio si la reforma introducida a la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad no socava también el fin mismo de la pena y el fin esencial del régimen penitenciario, que básicamente consagra la progresividad del mismo (Arts. 6° y 12°) y, cuya característica fundamental recae en la posibilidad de atenuación paulatina de las condiciones de encierro e intensidad de las restricciones de derechos durante la pena privativa de la libertad.

De ello se infiere una contradicción legal insalvable, que implica seguir afirmando en el contenido de una norma (ley 24.660) la existencia de un régimen progresivo y al mismo tiempo asentir la prohibición para determinados condenados al acceso a cualquier tipo de instituto liberatorio.

En ese norte, lo que se propone es reflexionar sobre la racionabilidad de esta nueva legislación, no sólo a la luz de los fines de la pena que rigen constitucionalmente en Argentina y el régimen progresivo de la pena privativa de la libertad, sino también bajo la lupa del principio de igualdad ante la ley contemplado en el art. 16 de la CN y en el art. 8° de la ley 24.660 mediante el cual, precisamente, se traslada al ámbito penitenciario la obligación estatal de respeto por los derechos fundamentales de la persona en un marco de igualdad y no discriminación.

Por los motivos expuestos deviene indudable la importancia que una investigación de esta naturaleza puede ofrecer en orden a que apunta conseguir establecer una distinción de los sujetos intervenientes que actualmente no contempla la ley y que necesariamente se debe hacer para evitar que aquel colectivo, donde regularmente se encuentran a las “mulas”, la inexperiencia juvenil o la extrema necesidad económica, sea tratado con la misma severidad que los delitos más complejos y peligrosos, y así revelar la gravedad que implica la exclusión de aquellos del régimen de progresividad contemplado en la ley penitenciaria. Todo ello, sobre la base de la real posibilidad que

tiene el Estado de crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen un tratamiento diferente entre las personas a condición, únicamente, de que el criterio empleado sea razonable, y es precisamente un criterio juicioso el que se busca precisar con la investigación.

Y, además, resulta valiosa una investigación de este tipo porque importaría a establecer una línea de trabajo conjunta entre el derecho penal, el derecho procesal penal y el derecho de ejecución penal.

Estado del conocimiento

La Constitución Nacional Argentina, desde su redacción originaria, reconoció mediante su artículo 18 el derecho al trato digno y humanitario de las personas privadas de su libertad. A su vez, con la reforma constitucional del año 1994, le otorgó jerarquía constitucional a los pactos internacionales sobre derechos humanos que ampliaron los derechos y las garantías reconocidos en aquella y que constituyeron un desarrollo del contenido del artículo mencionado.

En esa dirección, el artículo 5.6 de la CADH prevé que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados y, en igual sentido, el artículo 10.3 del PDCP consagra que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento con ese mismo propósito. De esta manera, se puede decir que se estableció expresamente los principios de humanidad y progresividad en las penas privativas de la libertad, los cuales deberían de operar como norte de los órganos estatales que intervienen en la ejecución de la pena de una persona condenada.

En efecto, teniendo en cuenta ello, es importante señalar que, en el ámbito del Derecho Penal, la reforma de la Ley Nacional N° 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, introducida por Ley N° 27.375 el 28 de julio del año 2017, puso en el escenario el debate en torno a si el artículo 56 bis inc. 10°, que dispone la prohibición del otorgamiento de los beneficios comprendidos en el periodo de

prueba, la prisión discontinua o semidetención y la libertad asistida a los condenados por los delitos previstos en los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 23.737, no se condice con los fines de la pena en un estado de derecho como el nuestro.

Cabe destacar que, los tipos penales antes referidos (Arts. 5º, 6º y 7º de la ley 23.737) abarcan distintas conductas típicas que configuran una actividad ilícita que refiere no sólo a una acción única sino a un proceso compuesto por varios pasos sucesivos que van desde el cultivo o la producción de estupefacientes hasta la tenencia para su consumo, constituyendo los pasos intermedios (almacenamiento, distribución, venta, etcétera) eslabones dentro de esa cadena de circulación denominada tráfico (Asturias y Lema, 2021).

Ahora bien, es menester tener presente -previo a toda otra consideración- que la ley antes referida N° 23.737 establece delitos de peligro indeterminado que afectan principalmente la salud pública, concepto comprometido dentro del más amplio de seguridad común, y que se refiere en sentido lato al estado sanitario de una población, caracterizándose aquella por la indeterminación del peligro de amenaza, ya que la salud pública es uno de los elementos integrantes del concepto objetivo de “seguridad”. De manera que, lo importante a tener en cuenta es que los delitos de narcotráfico lesionan la salud pública, idea que se encuentra estrechamente ligada a la de seguridad común y a la de peligro común indeterminado para las personas y los bienes (Villanueva, 2021).

Esta cuestión es necesario puntualizarla aquí porque se perfilará al análisis de los delitos relacionados con estupefacientes, entre ellos el referido a la alteración ilegítima del ingreso y uso de estupefacientes y de materias primas introducidas al país. No obstante, se descartará el estudio del contrabando de estupefacientes regulado en el art. 866 del Código Aduanero, atento a que, si bien actualmente esta figura también se halla comprendida en las nuevas restricciones de la ley 24.660 y en cierto punto guarda relación con el art. 6º de la ley 23.737, aquella norma legal y la ley 23.737 describen conductas di-

símiles e incluso protegen jurídicamente bienes distintos, por lo que merecen cada una diferentes enfoques de análisis.

Ahora bien, retomando lo dicho al principio, en materia de Derecho penal surgió el interrogante acerca de si la normativa prevista en el art. 56 bis inc. 10º atenta directamente contra el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Carta Magna y con el principio de racionalidad o razonabilidad normativa (art. 28 CN), que procura especialmente que las normas legales guarden coherencia con las constitucionales.

Ello en razón de que, se advierte prima facie que el trato diferencial que contiene la nueva norma carece de motivación en una justificación razonable, y evidencia una desproporción entre la finalidad perseguida por la norma y el interés tutelado, por lo que resulta arbitrariamente discriminadora y, en consecuencia, vulnera principios constitucionales consagrados en los arts. 16, 18, 31 y 75 inc. 22 de la CN; 1, 5.6 y 24 CADH; 10.3 y 26 del PIDCyP, y al amplio ejercicio jurisdiccional en la etapa de ejecución de pena (art. 3 y 4 ley 24.660) (Peluzzi, 2021).

En esa línea entonces, también se quebranta el principio de resocialización que debe caracterizar al régimen del cumplimiento de la pena, desobedeciendo los postulados que demarcan los principios de legalidad y culpabilidad, lesionando el principio de proporcionalidad, perdiendo legitimidad, toda vez que coarta las posibilidades disponibles desde el Estado para una mejor integración social a quienes hayan sido condenados por alguno de los delitos previstos en la norma (Alderete Lobo, 2017).

Aquí es significativo recordar que originariamente existía la limitación de la libertad condicional solo para las personas que fueran reincidentes (art. 50 del CP), posteriormente con la Ley N° 25.892 se amplió el objeto de la improcedencia del mencionado beneficio a las personas que fueran condenadas por delitos gravísimos que traían aparejada la muerte de la víctima.

De modo que, con la reforma precedentemente mencionada del año 2018, es discutible si los tipos penales contenidos en los art. 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 presuponen en todos los casos comportamientos ilícitos de extraordinaria gravedad como lo fueran los homicidios agravados, los delitos contra la integridad sexual, la privación ilegal de la libertad coactiva en que se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, la tortura seguida de muerte y demás delitos contenidos en el art. 56 bis de la ley 24.660.

Además, la reforma referida también abrió paso a la discusión sobre si, con la misma, se afecta o no la finalidad perseguida por el régimen penitenciario que, en términos propios de la ley (Cfr. Art. 1° ley 24.660), la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que sería parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. En esa línea, en el último párrafo del citado artículo, la ley también señala que, el régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para dicha finalidad.

Así, se pone en tela de juicio si la reforma introducida a la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad no socava el fin mismo de la pena y el fin esencial del régimen penitenciario, que básicamente consagra la progresividad del mismo (Art. 6°).

Es necesario tener en cuenta que, con dicho panorama, en la actualidad existe una incertidumbre total al recorrer la literatura sobre la materia y un contraste enorme en las diversas opiniones judiciales, lo que complejiza la adopción de criterios claros a la hora de aplicar el art. 56 bis inc. 10° de la ley 24.660 y trae aparejados escollos constitucionales.

A modo de ejemplo, se podrían aludir algunas de las diversas posturas que coexisten en la práctica judicial respecto al alcance y cons-

titucionalidad del art. 56 bis inc. 10° de la ley 24.660. Así, el Sr. Juez Hornos de la Sala IV CFCP, en la causa “Armella” N° 17366/2017. Reg. 1416/20 - 14/08/2020, refirió en su voto a que:

“ la decisión legislativa de excluir del régimen de libertad condicional a los condenados por el delito tipificado en el artículo 5º, inciso “c”, de la ley 23.737, no implica dejar de lado el objetivo de reinserción social, sino que debe entenderse que ese objetivo será concretado a través de la ejecución de la pena, lo cual no involucra necesariamente -y en principio- el derecho a contar con el egreso anticipado del establecimiento penitenciario. De este modo, que una persona condenada no pueda acceder a la libertad condicional no implica que se limite la finalidad resocializadora”.

Por su parte, la Dra. Ledesma, también de la Sala IV de la CFCP, en la causa “Rodríguez Altamira” N° 39913/2017. Reg. 288/21-25/03/2021, entendió que:

305 /

“ las limitaciones de los artículos 14 inc. 10 CP y 56 bis, inc. 10, ley 24.660 atentan contra la progresividad del régimen consagrado constitucional (arts. 18, 75 inc. 22, 5.6, CADH, 10.3 PIDCyP) y legalmente (artículos 6, 12, 7, 8, 14, 28, ley 24.660), en tanto importan una restricción para acceder a institutos liberatorios que hacen a la naturaleza resocializadora del modelo La limitación del art. 14 inc. 10 del CP excluye a los condenados por los delitos previstos en los artículos 5, 6 y 7 de la ley de estupefactores del régimen progresivo del cumplimiento de la pena (al impedir que accedan a la libertad condicional) y, consecuentemente lesionan el fin resocializador que reconocen las normas jerarquía constitucional ya citadas”.

En esa línea, entonces, la investigación tendrá como objetivo afrontar el desafío de analizar con profundidad los alcances del art. 56 bis de la ley 24.660 específicamente la incorporación de los tipos previstos en los arts. 5°, 6° y 7° de la ley 23.737, bajo la lupa de los fines de la pena que, como bien señala el Dr. Sancinetti (2015) es una cuestión que perdura hace siglos, atento a que, precisamente la función misma del Derecho Penal depende de la función que se le asigne a la pena, por ser ésta el medio más característico de intervención del Derecho Penal. (Mir Puig, 2020).

Todo ello también, con el objeto de demostrar que en los casos de delitos de narcotráfico donde intervienen delincuentes comunes, ocasionales y en situación de vulnerabilidad, la reforma introducida a la ley 24.660 los afecta especialmente atento a que aquella excede con creces el estándar constitucional mínimo al que se debe subordinar la política criminal.

\ 306

Marco teórico

El propio sistema constitucional, por un lado, le otorga al Estado Argentino la potestad de crear la Ley Penal (Cfr. Art. 75, inc. 12 Constitución Nacional), por otro, a través de lo dispuesto en los Arts. 18 y 19, que contienen un conjunto de principios que regulan el proceso penal, le otorga el poderío de someter a juicio a una persona. De modo que, en la medida en que regula el proceso penal le reconoce al Estado la potestad de juzgar a una persona, de imponerle una pena y, en su caso, la posibilidad de hacerle cumplir aquella pena.

En esa línea, partiendo de la base de que la ley penal es un conjunto de reglas que describen los presupuestos y las consecuencias de la responsabilidad penal y considerando que aquella es una manifestación del poder punitivo, es significativo interrogarse acerca de la finalidad que persigue la ley penal.

En efecto, si el Estado hace valer su pretensión penal, inevitablemente tomará injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos. La intervención más considerable se da con la pena privativa de la libertad. En razón de ello, el Derecho Penal es caracterizado como el arma más drástica del estado (Hilgendorf y Valerius, 2017).

Ahora bien, ¿Cómo es que la pena finalmente sirve a la función del Derecho Penal de proteger bienes jurídicos? A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena. En ese sentido, aquellas consecuencias jurídicas (la pena) requieren, como cualquier tipo de injerencia sobre los derechos fundamentales de las personas una legitimación, y en es allí donde entran en juego las teorías de la pena. En esa dirección, seguidamente se esbozará un ligero panorama de las teorías de la pena, mencionando en último lugar la destacada construcción de Claus Roxin al respecto, para finalmente relacionar su teoría con el tema de tesis elegido.

Así, por un lado, están las teorías absolutas de la pena, que se basan en la idea de retribución, de expiación y de restablecimiento de la justicia. Estas son señaladas como absolutas porque se limitan a reaccionar contra la conducta del autor y a querer compensar el ilícito cometido y la culpabilidad realizada (Hilgendorf y Valerius, 2017). Estas teorías, además, han dejado de lado el tema referente a las consecuencias de la pena para el autor y para la sociedad.

Por su parte, según las teorías relativas de la pena, la pena es entendida no solo como mera compensación del ilícito y la culpabilidad, sino que aquella le es útil a determinados fines sociales, por ejemplo, la intimidación o corrección. De esta manera, hacen referencia al fin de evitar futuros hechos delictivos.

Finalmente, existen las llamadas teorías de la unión, que -en términos generales- vinculan las teorías de la pena absolutas y relativas en un enfoque unitario. Esta corriente doctrinal, respaldada por Claus Roxin, le asigna a la pena diversas funciones en los distintos momentos en que aquella opera, desde su previsión en la ley hasta su cumplimiento. Aquí, Roxin distingue tres fases esenciales de la vida

de la pena: la conminación legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena, y le asigna a cada una de estas etapas una respuesta distinta a la función de la pena.

Que, precisamente la última fase de la vida de la pena es su ejecución, la cual serviría, en términos de Roxin, a la confirmación de los fines de los momentos anteriores, pero de manera que tienda a la resocialización del delincuente, como forma de prevención especial.

Ahora bien, luego de todo lo expuesto es preciso señalar, en primer lugar, el tema de tesis propuesto, para luego relacionarlo con la teoría que fuera desarrollada por el Dr. Claus Roxin. Así, el tema elegido versa sobre política criminal y desigualdad en la ejecución de pena de los delitos de narcotráfico. Que, para un mejor entendimiento es necesario preliminarmente mencionar de manera sintética de qué va el del tema nombrado.

Para empezar, cabe destacar que, la Constitución Nacional Argentina, desde su redacción originaria, reconoció mediante su artículo 18 el derecho al trato digno y humanitario de las personas privadas de su libertad. A su vez, con la reforma constitucional del año 1994, le otorgó jerarquía constitucional a los pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) sobre derechos humanos que ampliaron los derechos y las garantías reconocidos en aquella y, que constituyeron un desarrollo del contenido del artículo mencionado.

En esa dirección, el artículo 5.6 de la CADH prevé que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados y, en igual sentido, el artículo 10.3 del PDCP consagra que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento con ese mismo propósito. De esta manera, se puede decir que se estableció expresamente los principios de humanidad y progresividad en las penas privativas de la libertad, los cuales deberían de operar como norte de los órganos estatales que intervienen en la ejecución de la pena de una persona condenada.

En efecto, teniendo en cuenta ello, es importante señalar que, en el ámbito del Derecho Penal, la reforma de la Ley Nacional N° 24.660, introducida por Ley N° 27.375, puso en el escenario el debate en torno al alcance del artículo 56 bis inc. 10° de dicho texto legal, atento a que éste dispone la prohibición del otorgamiento de beneficios liberatorios a las personas condenadas por delitos de tráfico de estupefacientes, previstos éstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la Ley 23.737.

Asimismo, surge el interrogante acerca de si la norma cuestionada atenta directamente contra el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Carta Magna y con el principio de racionalidad o razonabilidad normativa (art. 28 CN), que procura especialmente que las normas legales guarden coherencia con las constitucionales. Sobre este punto, es significativo recordar que originariamente existía la limitación de la libertad condicional solo para las personas que fueran reincidentes (art. 50 del CP), posteriormente con la Ley N° 25.892 se amplió el objeto de la improcedencia del mencionado beneficio a las personas que fueran condenadas por delitos gravísimos que traían aparejada la muerte de la víctima.

309 /

De modo que, con la reforma precedentemente mencionada del año 2018, es debatible si los delitos de narcotráfico cometidos en pequeña escala, por sujetos ocasionales, novatos o en situación de vulnerabilidad, presuponen en todos los casos comportamientos de extraordinaria gravedad como lo fueran los ilícitos de tráfico de estupefaciente a gran escala, que presentan conexión con grandes organizaciones o con otros delitos más complejos, o como los homicidios agravados, los delitos contra la integridad sexual, la privación ilegal de la libertad coactiva en que se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, la tortura seguida de muerte y demás delitos contenidos actualmente en el art. 56 bis de la ley 24.660.

Es aquí donde intervendría la teoría propuesta por Claus Roxin, atento a que, dicho autor plantea como punto central de su tesis que, el principio de culpabilidad debe servir como medio de limitación de

la pena. Según esto, en términos generales, la pena no podría sobrepasar en su duración la medida de culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada. Así, la intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto (Roxin C., 2019).

Que, sobre esa base, resulta necesario, examinar la nueva normativa, atento a que a priori no estaría motivada en una justificación razonable, demostrando sin más, desproporción entre la finalidad que se persigue y el interés tutelado. Y, además, porque se advierte que se pone en crisis el principio de igualdad (Art. 16 CN) no solo porque con la nueva reforma se pone en planos similares a delincuentes primarios y reincidentes, sino porque aplica estos efectos restrictivos a un colectivo (no contemplado por la ley) que, si bien realiza hechos ilícitos previstos por la ley 23.737, no son traficantes de alto nivel sino más bien son grupos vulnerables constituidos generalmente por minorías, mujeres, menores y personas con contextos socioeconómicos desfavorables. De modo que, claramente son sujetos que actúan con un grado mucho menor culpabilidad y lesividad que el resto de los sujetos que cometen los demás delitos contemplados por la norma.

Dicho en términos más sencillos, la nueva normativa no se condicaría con la exigencia -que apunta la teoría de Roxin- de que la pena en ningún caso debería ser superior a la culpabilidad del autor, advirtiéndose, además, que al sobrepasar la medida de culpabilidad (porque como se dijo, las figuras de narcotráfico cometidas por ese colectivo, si bien constituyen delitos de tráfico de drogas no son de gravedad extrema como el resto de las conductas previstas por la norma) se atenta contra la dignidad del hombre. Es aquí donde precisamente hay que recordar el principio de culpabilidad que es una consecuencia inevitable del Estado de Derecho y que principalmente tiene la función limitadora de la pena (Roxin C., 2019).

En esa línea, entonces, la investigación tendrá como objetivo re-

flexionar sobre la racionabilidad de esta nueva legislación, a la luz de los fines de la pena que rigen constitucionalmente en Argentina.

Por último, pero no menos importante, es necesario resaltar que la investigación se respaldará -en parte- sobre la teoría de los casos difíciles desarrollada por el filósofo del derecho Ronald Myles Dworkin, a fin de poder analizar los casos de delitos de narcotráfico en los que intervienen personas en situación de vulnerabilidad. Ello en virtud de que, en principio, pueden ser considerados de esta manera porque en relación a ellos actualmente no existe una sola respuesta correcta, porque las formulaciones normativas al respecto son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, además porque el derecho aplicable se encuentra inconsistente e incompleto, también porque no es posible la aplicación mecánica de la ley para su solución, y porque para alcanzar una solución adecuada se requiere un razonamiento basado en principios y juicios morales.

Es decir, son casos que se encuentran enmarcados por circunstancias especiales por lo que, necesariamente, para trabajarlos hay que recurrir al ejercicio de una interpretación constructiva que implica hacer uso -no únicamente- del sistema de reglas jurídicas, sino también de observar la totalidad de las leyes, de las instituciones, de los estándares morales, socioeconómicos, políticos y de los objetivos de la sociedad, a fin de salvaguardar en todo momento los derechos subjetivos en el régimen democrático.

311 /

Metodología

El objeto será de tipo teórico y dogmático, consistente en el contenido de las teorías de la pena, de la normativa prevista en el art. 56 bis inc. 10º de la ley 24.660, del principio de progresividad del régimen penitenciario plasmado en la ley de ejecución penal y del principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución Nacional Argentina.

Que, teniendo en cuenta lo expresado por Sautú R. (2003), el estudio será de tipo cualitativo de análisis de contenido, con el objeto de interpretar la normativa prevista en el art. 56 bis inc. 10° de la ley 24.660 en relación con las exigencias establecidas en el Art. 16 de la CN, los Arts. 1° y 6° de la ley 24.660 y con los fines de la pena estatal. Asimismo, cabe destacar que, la inferencia de la investigación será de tipo deductiva - inductiva.

Asimismo, y a los efectos de reconocer y establecer una clasificación entre los sujetos que cometen delitos de narcotráfico, se aplicará el método cuantitativo (búsqueda de datos estadísticos), acudiendo a tales fines al registro de sentencias del Tribunal Federal de Corrientes, asumiendo aquí una inferencia de tipo inductiva-deductiva.

Además, sobre la base de los conceptos expuestos por Sabino (1998) respecto al material empleado, la investigación tendrá el siguiente diseño: De acuerdo con la técnica de recolección de datos, en la investigación predominará la información bibliográfica obtenida a través de la exploración y análisis de diversas fuentes como ser: libros (aportaciones de la doctrina alemana, española, argentina), artículos científicos y publicaciones referentes al tema de investigación. Además, se empleará material normativo consistente en diversas disposiciones del orden jurídico argentino (Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Código Penal, Ley de Ejecución Penal). De modo que, al realizarse de dicha manera, la misma será una investigación de tipo bibliográfica (fuente de información secundaria).

Ahora bien, según los objetivos extrínsecos la investigación será de tipo básica o pura, atento a que la misma se justifica por la necesidad de esclarecer un problema que resulta de interés para el mundo científico y busca aportar conocimiento sobre una temática, apartándose de la idea de una aplicación directa e inmediata de los conocimientos obtenidos. Y, según los objetivos intrínsecos la investigación será de tipo explicativa, en virtud de que el objeto de la misma se centra en determinar la desigualdad que implica la reforma introducida a la ley 24.660 respecto a las personas condenadas por delitos menores de tráfico de estupefacientes.

Referencias bibliográficas

- Alderete Lobo, R. A., Arocena G. A., De La Fuente J. E., Ferrajoli L., Mazzei, M., Nardiello, A. G., Paduczak, S. A., Pavarini, M., Pinto, R. M., Salduna, M., Salt, M., Roxin, C., Virgolini, J. y Zaffaroni, E. R. (2017) Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 15. Ed. Hammurabi: Buenos Aires, Argentina. 313 /
- Asturias, M. A. y Lema M. N. (2021). Regimen Penal de Estupeficientes. Ley 23.737. Comentada. Anotada. Ed. Hammurabi: Buenos Aires.
- Bisceglia, V., Monsalve, M. J., Peluzzi, M. (2021). Miradas Interdisciplinarias sobre la Ejecución Penal. Ed. IJ Editores: Buenos Aires, Argentina.
- Constitución de la Nación Argentina (CN) y Tratados Internacionales.
- Garland, D. (2018). Castigar y Asistir. Ed. Siglo Veintiuno: Buenos Aires, Argentina.
- Hilgendorf, E. y Valerius, B. (2017). Derecho Penal: Parte General. (1 ed). Editorial Ad-Hoc.
- Luzón Peña, D. M. (2018). Libro-Homenaje a Claus Roxin. Universidad Inca Garcilazo de la Vega: Lima, Perú.
- Matza, D. (2014). Delincuencia y Deriva. Ed. Siglo Veintiuno: Buenos Aires, Argentina.

- Mir Puig, S. (2020) Derecho Penal. Parte General. 10^a Edición actualizada y revisada. Ed. BdeF. Montevideo - Buenos Aires.
- Sancinetti, M. A. (2015). Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo. *Revista Pensamiento Penal*.
- Roxin C. (2019). Derecho Penal Parte General Tomo Fundamentos - La estructura de la Teoría general del Delito. La Ley S.A.E. Buenos Aires, Argentina.
- Sabino, C. (1996). El proceso de Investigación. 4^o reimpresión. Lumen Hvmanitas: Buenos Aires, Argentina.
- Soprano, M. M. (2022). Delitos Culturalmente Motivados. Ed. BdeF: Montevideo-Buenos Aires.
- Sautú, R.; Boniolo, P.; Dalle, P.; Elbert, R. (2005). Manual de Metodología: Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO: Buenos Aires, Argentina.

La teoría crítica jurídica como respuesta disruptiva al positivismo y su recepción en Argentina

| Palma, Amalia Susana |

| Rosas Villarrubia, Ingrid |

La teoría crítica jurídica como respuesta disruptiva al positivismo y su recepción en Argentina

Introducción

El presente trabajo aborda el análisis de la teoría crítica del derecho como respuesta disruptiva al positivismo jurídico y su recepción en Argentina. Esta corriente epistemológica, busca superar los postulados del positivismo que circunscriben los análisis a la validez normativa desde la racionalidad fundada en la estructura de un sistema jurídico.

Para ello, se desarrollan las principales ideas de ambas escuelas sobre el problema del derecho como ciencia y la investigación jurídica. Así también, los aspectos centrales sobre verdad, poder, valores sociales y la posibilidad de neutralidad valorativa de la ciencia jurídica. Para entender el funcionamiento del derecho en su vínculo con las restantes ciencias sociales dentro de su estudio y análisis.

Es así, que el paradigma crítico jurídico, entre sus axiomas principales, analiza el derecho como herramienta de regulación y de cambio social. Además, aborda los enfoques de investigación desde una perspectiva holística de los fenómenos jurídicos.

Podemos mencionar, que uno de los problemas que afrontan las investigaciones en las áreas jurídicas se integra por la falsa creencia de no cumplir las características esenciales en su construcción para considerar sus resultados y sus procesos como investigaciones científicas.

Esto se debe, a que gran parte de los estudios jurídicos no refieren a problemáticas contextualizadas a realidades sociales e históricas debido a que centran sus estudios a las estructuras normativas desde el hermetismo para entender el derecho como diseño y no como regulador de interacciones sociales (Narváez Hernández, 2019).

Por ende, la teoría crítica jurídica en las investigaciones surge como respuesta a estos cuestionamientos para sustentar sus estudios desde un análisis intradisciplinar y transdisciplinar y entre ellos, considera como eje en sus indagaciones los problemas en relación con los contextos y las interacciones que emergen de ellos.

En síntesis, el objetivo de este trabajo es desarrollar un análisis de los ejes centrales que construyen la teoría crítica jurídica y la influencia en Argentina cuya presencia se fortalece por el contexto social e histórico con el retorno de las instituciones democráticas después de la dictadura cívico militar del año 1976. Para permitir sentar las categorías analíticas centrales de esta teoría en nuestro sistema argentino con el aporte de sus principales exponentes.

317 /

Estado del Conocimiento

Como mencionamos en la introducción, la teoría crítica surge como respuesta al reduccionismo positivista. El positivismo tiene como uno de sus principales exponentes a Kelsen que circunscribe el análisis del derecho a la interpretación de las normas jurídicas.

Por ende, sobre estos postulados se cimenta el positivismo para centrar el estudio del derecho a la validez y la interpretación de la norma a fin de construir criterios de justificación identitarios en los estudios jurídicos y dividirse de las restantes ciencias sociales.

Afirma Bonilla Montenegro (2010) que “este paradigma buscaba describir el funcionamiento del sistema jurídico a través de un punto de vista descriptivo, tratando de desconocer cualquier forma de valoración ajena al propio sistema” (p.103). Por lo cual, se desprende

de toda consideración subjetiva valorativa que no sea acorde a los procesos de racionalización.

En este orden de ideas, Kelsen considera que el científico del derecho debe interpretar lo normativo desde diferentes enfoques, para centrar su método en el análisis de la norma jurídica (Vaquero, 2014). Por ello, Kelsen (1934) tienen como objeto central en la construcción de su teoría:

[...] liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método [...] la Teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho [...] porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto. (p. 15)

\ 318 Entonces, Kelsen propone una teoría cuyos postulados científicos y métodos prescindan de otros aspectos como lo moral, lo político y lo sociológico para reducir su enfoque a una perspectiva monista a fin de revalorizar el estudio de las normas jurídicas como ciencia del derecho desde la lógica jurídica. Además, considera que las descripciones de la ciencia jurídica gozan de veracidad siendo que están expuestas las acepciones en los enunciados normativos.

Asimismo, en esta línea teórica tenemos a Hart que postula la idea de las *reglas de reconocimiento* por lo cual, busca en la praxis de las normas obtener “la consideración de dicha norma a un terreno práctico alrededor del reconocimiento de las normas jurídicas, inmerso en un contexto social determinado. La coherencia del derecho se elucidada en la recíproca aceptación del mismo por parte de los receptores de la normatividad y de sus órganos aplicadores” (Bonilla Montenegro, 2010, p. 105).

En este sentido, Hart (2012) realiza un salto en su postura metodológica en razón de que, hasta ese momento, las teorías del derecho

positivo partían de una explicación reducida sin tener en cuenta *el punto de vista interno* vital para la correcta interpretación de la existencia de reglas sociales. Para entender las motivaciones de los que están sujetos al derecho y no delimitarse únicamente al elemento externo que establece una variedad de conductas y acciones resultando difícil su comprensión y profundización.

Sus postulados teóricos representaron un cambio de paradigma para la filosofía del derecho dejando de lado el modelo clásico positivista de la ciencia jurídica hacia un marco de referencia nuevo donde se proclamaron nuevas interpretaciones y teorías del derecho y estas transformaciones se vieron desde lo lingüístico. Así también, se produjo el surgimiento de la hermenéutica y la argumentación jurídica.

En este orden de ideas, la posición metodológica de Hart pone su acento en la premisa de separación de derecho y moral y en consecuencia avala la realización de una descripción valorativamente neutral del derecho, libre de intenciones justificantes y de críticas morales.

319 /

Podemos sostener sintéticamente, que el positivismo reduce su objeto de estudio y los métodos a la existencia, la validez e interpretación de la norma para sustentar sus valoraciones a la noción de seguridad jurídica.

En el marco de este contexto, como respuesta al reduccionismo positivista, surge la teoría crítica en el seno de la escuela de Fráncfort o Frankfurt en el año 1920. Este paradigma propone el estudio, investigación e interpretación de los hechos desde una filosofía materialista histórica para asumir la observación de procesos desde contextos sociales e históricos (Frankenberg, 2011).

La teoría crítica clásica tuvo tres grandes exponentes: Horkheimer, Marcuse y Adorno. Estos teóricos, centraron sus estudios desde una mirada multidisciplinaria a cuestiones de la economía política (capitalismo posliberal); de desarrollo del individuo (en el análisis de los sistemas de dominación en las relaciones de producción) y; la cultura (características de los grupos sociales).

Con la creación del *Institut für Sozialforschung* (instituto para la investigación social), en el año 1924, sus integrantes desarrollaron sus investigaciones con eje en un enfoque social desde una mirada marxista, pero con una postura científica (Roith, 2011, p.6). Para generar una disrupción en los paradigmas imperantes de la época, entre ellos el positivismo, desde una mirada crítica a los aspectos teóricos-prácticos dentro de los contextos históricos y sociales y con relación a ellos.

Dentro de este paradigma surge la escuela crítica del derecho, en el denominado “círculo externo” consecuente con la división que se produce en los años cuarenta con la escuela de Frankfurt y el “círculo interno”. Esta nueva corriente dentro de la teoría crítica tiene como integrantes a Franz Neumann, Otto Kirchheimer, Walter Benjamin y Erich Fromm.

Los postulados centrales de la teoría crítica se integran por el análisis de la relación dinámica de los problemas para comprender los fenómenos jurídicos como interacción humana en su relación holística con otros aspectos que surgen de las distintas interacciones (Carcova, 2009).

Podemos mencionar entre sus líneas teóricas a: la Critical Legal Studies estudios jurídicos críticos), la Association Critique du Droit (Asociación de Crítica Jurídica), el Uso Alternativo del Derecho, los enfoques epistemológicos de pluralismo jurídico y, las teorías críticas feministas.

La escuela *Critical legal studies* tiene su origen en el año 1977, en Norteamérica, y en su construcción se cimenta como punto de partida en las premisas del realismo jurídico norteamericano. Esta corriente, busca deconstruir el paradigma de la teoría jurídica liberal estadounidense por medio de la investigación histórica, filosófica y sociológica. Entre sus aspectos centrales, cuestiona la supuesta neutralidad y la complicidad de los jueces en la práctica judicial para favorecer determinados sectores dominantes.

Por otra parte, la *Association Critique du Droit*, originada en el año

1978 en Francia, surge como respuesta frente a la dominante doctrina positivista. La cual, no ofrece fundamento suficiente para explicar la realidad de la relación íntima entre derecho y la política. Este movimiento adoptó una estructura interpretativa de corte marxista que priorizó el materialismo histórico y dialéctico para abordar el estudio de los fenómenos sociales desde una mirada holística que emerge del análisis de esta relación.

Respecto a la corriente del *Uso Alternativo del Derecho*, se origina en los años 1960. Es una corriente o enfoque dentro del campo de la teoría y práctica jurídica que se vincula a la utilización del derecho como una herramienta emancipadora para promover la justicia social, la igualdad y los derechos humanos.

Asimismo, la corriente epistemológica denominada “pluralismo jurídico” estudia el problema de la relación entre el sujeto y el objeto del Derecho, así como las posturas gnoseológicas y epistemológicas que predominan en este campo. Para aportar desde su enfoque el reconocimiento de la existencia de la diversidad cultural y las diferentes formas de concebir y aplicar el derecho en las comunidades.

Por su parte, las *teorías críticas feministas* centran sus postulados en el análisis crítico-reflexivo de las relaciones, entre ellas las jurídicas, construidas por sectores dominantes para perpetuar las desigualdades. Por ello, cuestionan la construcción de discursos y prácticas históricas y sociales que fortalecen las ideas y las praxis de inferioridad hacia las mujeres. Así también, disputan el sostenimiento de instituciones y normas que se construyen desde la subalteridad y que afectan la igualdad de las mujeres y el acceso a los derechos.

Por lo cual, podemos afirmar que las teorías críticas del derecho se enfocan en examinar el sistema jurídico desde una perspectiva crítica y reflexiva. Entre sus aspectos teóricos centrales cuestionan la neutralidad del derecho y analizan cómo las normas y las instituciones legales pueden perpetuar las desigualdades y la opresión. Además, de cuestionar la idea de que el derecho es un sistema objetivo y apolítico, y destacar cómo refleja y reproduce relaciones de poder y estructuras de dominación.

Es así, que las teorías críticas del derecho abogan desde sus enfoques por una visión más igualitaria y emancipadora del derecho, buscando promover la justicia social, la inclusión y los derechos humanos. Sostienen que el derecho debe ser utilizado como una herramienta para transformar la sociedad y no solo para mantener el *status quo*.

Asimismo, los teóricos críticos del derecho examinan temas como el papel del derecho en la reproducción de desigualdades de género, raza, clase social y otros aspectos de la identidad. De igual modo, critican la forma en que el sistema legal puede favorecer a ciertos grupos y perpetuar injusticias estructurales.

En este sentido nuestro país, no quedo alejado de todo este contexto, ya que destacados autores y pensadores han adherido y aportado de manera valiosa a esta corriente teórica que tiene rasgos característicos distintivos y en algunos aspectos superadores en relación a algunos posicionamientos de las teorías positivistas. Entre los destacados representantes de la corriente crítica del pensamiento en Argentina, podemos mencionar a Carlos María Cárcova, Enrique Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman, entre otros.

Los primeros pasos en la recepción de esta línea teórica, se dan en el año 1975 momento en que la Universidad de Belgrano (Ciudad de Buenos Aires) realiza un Encuentro Nacional de Filosofía Jurídica. Allí los autores mencionados, presentaron trabajos que propulsaron las primeras bases para el desarrollo de una teoría crítica del derecho en Argentina.

La consolidación en nuestro país de esta propuesta llegó por el desarrollo de dos momentos decisivos: en primer lugar, los seminarios desarrollados por la Universidad Nacional de Buenos Aires entre los años 1985-1986 que abordan los estudios de la teoría critica del derecho y, el segundo con la publicación del libro *El discurso jurídico: perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos* en el año 1986.

En esta obra, entre ellos, Entelman (1982) exponen la necesidad superar dos aspectos centrales limitantes: por un lado, los postulados

idealistas que no consideran los fenómenos sociales, y por otro lado “superar las limitaciones del planteo jurídico de la ortodoxia marxista, que disuelve los caracteres específicos del fenómeno jurídico en su explicación de las sociedades” (Entelman, 1982, p. 11)

En Argentina, la presencia de esta corriente se consolida después del último golpe militar, en el año 1976, debido a que gran parte de los representantes de esta corriente del pensamiento se vieron condicionados a marchar al exilio. Por ello, el retorno a la democracia y la experiencia del proceso de dictadura militar permitieron sentar las bases para el desarrollo del enfoque crítico y los postulados disruptivos que pone en crisis el derecho como herramienta legitimadora de poder y del status quo para centrarse como herramienta de transformación social y de cuestionamientos a las estructuras existentes.

Marco teórico

323 /

La teoría crítica del derecho o crítica jurídica surge por la arraigada presencia de escuelas que centraron su base en la validación de los sistemas dada por la existencia de normas, entre ellas, las escuelas positivistas.

Como mencionamos en párrafos anteriores, la teoría positivista centra la validez sistémica al derecho positivo vigente para prescindir de valoraciones axiológicas y centrar su análisis a la validez normativa. Por otro lado, tenemos a la teoría crítica que tiene como pilares esenciales en su construcción aspectos que lo polarizan a las tradiciones positivistas para evidenciar en su estudio las deficiencias de estas teorías que buscan referir a la realidad.

Como sostienen las autoras Bonetto y Piñero (1994), los postulados epistemológicos de las teorías críticas buscan insertar los análisis de la relación entre poder y derecho como ejes validadores de discursos que se construyen alrededor. Para proyectarse como herramientas que permiten sostener las estructuras de poder y los status quo. Todo

ello, sin considerar la ausencia de neutralidad en el derecho que se manifiesta por la construcción de categorías jurídicas que responden a parámetros históricos y sociales.

Por lo cual, afirman las autoras:

Es imprescindible desmitificar ese lugar que pretende aparecer como “neutro”, donde se construyen las verdades jurídicas, y para ello es necesario evidenciar y analizar los espacios institucionales desde los que se pauta una interpretación polisémicamente controlada de las instancias discursivas, con el fin de producir conceptos legitimadores. Esta es la manipulación conceptual mencionada, aquella que los elabora cuidadosamente con el fin de mantener y reproducir el lugar sagrado desde donde se ejerce el poder de los significados jurídicos. (Bonetto y Piñero, 1994, p. 68)

\ 324

Por lo cual, los discursos jurídicos se manifiestan como discursos de poder para evidenciar la necesidad de analizar el derecho desde una mirada crítica e integral a los contextos actuales. Asimismo, en este orden de ideas, Kirchheimer aborda la noción de *justicia política* para referir a la manipulación del sistema legal con fines políticos y al uso selectivo de la ley para perseguir a determinados grupos o mantener el *statu quo*. Argumenta, que la justicia política puede socavar la legitimidad del sistema legal y erosionar los derechos y libertades fundamentales en razón de que responden a fines políticos (Sazbón, 2002)

En Argentina, dos de los principales exponentes de esta corriente teórica son Alicia E. Ruiz y Carlos María Cárcova. Que manifiestan como punto central la idea de que una posición crítica, posiciona al derecho como una producción social, cultural e histórica que evidentemente supera las nociones sistémicas jurídicas existentes.

En relación al poder, tal como explica Ruiz (2013), es la propia estructura del discurso jurídico la que enmascara y disimula al poder y habilita las interpretaciones que garantizan ese ocultamiento y que

contribuye a la preservación entre derecho y poder. El Derecho legitima al poder en el Estado, en todos los intersticios de la vida social, a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos. Cárcova (2012) dice que el poder entendido como tal debe de alguna manera conceder garantías, instituir reconocimientos, para evidenciar que el papel del derecho depende de la relación de fuerzas en el marco del conflicto social.

De igual forma, sostiene Cárcova (2009) que el derecho se construye como un discurso, pero, un discurso ideológico:

[...] en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social. Este ocultamiento es a la vez productor de consenso, pues el derecho ordena pero convence, impone pero persuade, amenaza y disciplina [...] es también discurso normalizador y disciplinario. Pero a la vez que cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones establecidas también cumple un rol en la remoción y transformación de tales relaciones, posee a la vez una función conservadora y renovadora. Ello es así, porque como discurso ideológico elude pero también alude. Al ocultar, al disimular, establece al mismo tiempo el espacio de una confrontación. Cuando promete la igualdad ocultando la efectiva desigualdad, instala además un lugar para el reclamo por la igualdad. (p.17)

325 /

En cuanto a los valores sociales, Entelman nos enseña que una de sus principales características de esta escuela, es la de entender al derecho como una práctica social en la cual se manifiestan los conflictos de los grupos sociales actuantes en una formación social determinada en una época o tiempo determinado, con todo lo que eso implica en relación al contexto.

Por otro lado, Ruiz sostiene que “reflexionar desde la teoría del Derecho implica comprometerse -se quiera o no se quiera- con el

diseño de la sociedad en la que vivimos y en la que vivirán las generaciones que nos sucedan.” (Ruiz, 2013, p.15).

Por ende, podemos sostener que la teoría crítica busca disrupir lo hegemónico y lo discursivo ideológico positivista que minimiza los abordajes metodológicos de lo jurídico a lo normativo para prescindir del contexto social y económico (Carcova, 2013).

Laso expone (2004) que “uno de los aspectos más importantes con los que la Escuela de Frankfurt contribuyó al pensamiento filosófico y a las ciencias sociales del siglo XX fue el énfasis colocado en el carácter crítico de la teoría”. (p.3)

Teniendo en cuenta que, a partir de los años 70, los modelos paradigmáticos del pensamiento han sufrido una fuerte crisis, de alguna manera se tradujo en un ámbito propicio para la irrupción de otras opciones, que buscaron dar respuesta a diversos interrogantes y situaciones que el nuevo escenario social, político y económico planteaba, buscando revincular al derecho con la política, la verdad, el poder, la sociedad, la economía, la democracia y su revalorización, derechos humanos.

\ 326

Conclusión

El positivismo desde sus postulados reduccionistas se desprende de toda consideración axiológica separando lo moral de lo jurídico y entre esas líneas lo justo de lo injusto. Por el cual, se valida y sustenta en el hermetismo positivista que destacan procesos de racionalización, su enfoque es la interpretación de las normas jurídicas siendo este su objeto de estudio y sus cimientos los criterios de validez y seguridad jurídica.

Este enfoque positivista no da respuesta suficiente a las realidades que se presentan y conflictúan su legitimidad. Por ende, la escuela crítica surge como respuesta a la necesidad de un abordaje más integral. Para que el estudio del derecho sea completo y no separado

y permitan generar los cambios necesarios desde el análisis integral de otros conceptos que sirven al investigador de las ciencias jurídicas para dar amplitud de soluciones y miradas a otros aspectos no contemplados por la escuela positivista como ser la observación de procesos desde contextos sociales e históricos.

La teoría crítica jurídica importa un avance en la forma de entender y estudiar el derecho que parte de analizar desde su relación e interacción como fenómeno jurídico y social. Asimismo, esta diversidad de puntos de vista incluye una mirada multidisciplinaria teniendo en cuenta otras ramas como ser la economía, la política, la cultura, etc., siendo que los fenómenos jurídicos son analizados desde las interrelaciones del individuo.

La mirada de las teorías críticas supone procesos reflexivos para cuestionar.

La supuesta neutralidad del derecho. Cuya falsa premisa fortalece las desigualdades y opresión generando relaciones de poder y estructuras de dominación. Por lo cual, la meta de estas teorías críticas es tener una visión que permita la igualdad y libertad del derecho siendo su base la justicia social, la inclusión y los derechos humanos, su búsqueda se centra en la transformación de sociedades más equitativas.

327 /

Bibliografía

- Abril, F. (2019). Los “compromisos” de la dominación. Una aproximación al Behemoth de Franz Neumann. *Tópicos*, (38), 1-33. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1666-485X2019000300001&lng=es&tlang=es.
- Alvarez, L. (2017). Algunos problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción de conocimiento jurídico. *Cinta de moebio*, (60), 268-278. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-554X2017000300268>

- Bonetto, M., y Piñero., M. (1994). Teoría crítica del derecho. *Estudios*, (3), 63-71. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/restudios/article/view/402/377>
- Bonilla Montenegro, J. (2010). Los paradigmas en la teoría jurídica. Transformaciones acerca de la interpretación sobre qué es el derecho. *Misión Jurídica*, 3(3), 99-115. <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/387>
- Carcova, C. (2013). *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Editorial: Abeledo Perrot.
- Carcova, C. (2009). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. En: Courtis, Christian (Comp.) *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba
- Entelman, R. (1982). Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico. En P. Legendre, R. Entelman, E. Kozicki, T. Abraham, E. Marí, E. Le Roy y H. Vezzetti (coord.). *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, (11-18) Hachette.
- Entelman, R., (1985). Discurso normativo y organización del poder. *La distribución del Poder a través de la distribución de la palabra*, 109-116. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2902-2730-1-PB.pdf> (<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>)
- Frankenberg, G. (2011). Teoría crítica. *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, (9), número 17, 67-84. Buenos Aires, Argentina.
- Hart. A. (1961). *El Concepto de Derecho*. Editorial Abeledo Perrot.
- Kelsen, H (1982). *Teoría pura del derecho* (trad. de Roberto J. Vernengo Trad 2 ª ed), Universidad Nacional Autónoma de México (trabajo original publicado 1934)
- Narváez Hernández, J. (2019). Metodología crítica para la investigación científica del derecho. *Revista Pedagogía Universitaria Y Didáctica Del Derecho*, 6(2), 81-96. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2019.55309>

- Nuñez Vaquero, A. (2014). Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho. *20* (2), 1-25. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200012
- Laso, S. (2004). La importancia de la teoría crítica en las ciencias sociales. *Espacio Abierto: Cuaderno Venezolano de Sociología*, *13* (3), NA. <https://www.redalyc.org/pdf/122/12213305.pdf>
- Ramírez Vargas, L. (2020). La Neutralidad Valorativa en la Teoría del Derecho. Las Posturas de John Finnis y Joseph Raz. *Revista de Derecho*, *21*, pp. 71-99. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2060/1666>
- Ruiz, Alicia (2011). Asumir la vulnerabilidad. *Revista institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, (1) 1, 37-46. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29256.pdf>
- Ruiz, A. (2013). Teoría Crítica del Derecho y Cuestiones de Género. <http://portal.iedf.org.mx/biblioteca/descargasC.php?id=77>
- Sazbón, J. (2002). El legado teórico de la Escuela de Frankfurt. *Teoría y filosofía política. La recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano* (181-214). CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Ed.) <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100613010904/10sazbon.pdf>

La teoría crítica jurídica como respuesta disruptiva al positivismo y su recepción en Argentina

| Panizzo, Octavio Roberto |

Despido Discriminatorio: Su Tipificación y Cuantificación en Argentina, desde una Perspectiva del Principio de Igualdad y la Economía del Derecho

Introducción y Planteamiento del Problema de Investigación

El propósito de este proyecto radica en el examen de la problemática acerca de la ausencia de pautas objetivas para la tipificación y cuantificación del despido discriminatorio en el contexto del derecho laboral argentino. Principalmente, la investigación se enfocará en analizar cómo esta ausencia de variables influye en el nivel de protección y de disuasión de este tipo de conductas discriminatorias en el ámbito laboral, considerando los incentivos generados por la legislación laboral vigente, y su interpretación por la jurisprudencia en la materia.

331 /

Posteriormente, y a partir del análisis antes descripto, se propondrá, la incorporación y combinación de diversas variables derivadas de las relaciones laborales, como herramientas que puedan ser utilizadas por los profesionales del derecho en la cuantificación justa y eficaz de los daños devenidos de los despidos tipificados judicialmente como discriminatorios.

Todo ello, en miras de proporcionar un marco más objetivo para la evaluación de los mismos, contribuyendo así a la seguridad jurídica, a partir de un enfoque más equitativo y efectivo en la protección de los derechos fundamentales en el trabajo.

Importancia del tema

Actualmente, la legislación laboral argentina no prevé de manera específica una norma que regule las conductas discriminatorias y sus consecuencias en el ámbito del trabajo, limitándose solamente a agravar las indemnizaciones por despido en caso de matrimonio, maternidad o de un representante sindical. Dejando al descubierto supuestos donde los trabajadores pueden ser víctimas de otros casos de conductas discriminatorias (raza, religión, orientación sexual, etc.), y que no encuentren en la norma laboral la cobertura directa, inmediata y justa a su problema jurídico.

Ante esta falta de regulación específica, los jueces laborales se encuentran ante desafíos al resolver casos no contemplados, careciendo de parámetros legales objetivos para tipificar y cuantificar los daños derivados de estas conductas peyorativas. Debiendo determinar en cada caso cual es el régimen sancionatorio aplicable.

Esta ausencia de parámetros, lleva a la utilización de variables inadecuadas, y con ello, a una cuantificación incorrecta de los despidos discriminatorios, lo que a su vez podría generar en la praxis jurídica una excesiva discrecionalidad del juzgador y con ello, soluciones injustas, además de que, ante casos de características fácticas similares, existan soluciones muy diferentes dependiendo del juez que entienda.

Todo lo cual, además de crear un escenario de notable inseguridad jurídica, desemboca en un nivel insuficiente de protección y disuasión contra tales prácticas, lo cual es indeseable desde una perspectiva del principio de igualdad ante la ley y de bienestar social.

En virtud ello, el resultado de esta investigación otorgará como beneficio las pautas objetivas para un manejo adecuado de estas particulares situaciones de extinción del vínculo laboral, lográndose así, proteger al trabajador víctima de estas conductas al cuantificar cada despido discriminatorio mediante la consideración de variables adecuadas, asignando recursos correctamente, disminuyendo en gran medida los costos de transacción y por consiguiente las externalidades negativas;

\ 332

mejorando con parámetros objetivos la igualdad ante la ley.

Además, se generaran incentivos para prevenir la ocurrencia de conductas que causen un perjuicio moral al trabajador a través de actos discriminatorios. En última instancia, esta investigación tiene el potencial de mejorar significativamente la protección de los derechos laborales y promover un entorno laboral más equitativo y justo en Argentina.

Estado del Conocimiento y Marco Teórico:

El principio de no discriminación e igualdad reviste una vital importancia en el ámbito legal y de derechos humanos. Este implica que todas las personas deben recibir un trato igualitario y sin discriminación¹, independientemente de su origen, raza, género, religión, orientación sexual, discapacidad u otras características personales.

En Argentina, este principio está arraigado en su marco legal y constitucional. Así, la Constitución Nacional, en su artículo 16, establece que *“la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley.”*

Además, Argentina ha ratificado tratados internacionales que incorporan el principio de no discriminación, comprometiéndose a ga-

1. En esta obra utilizaremos el término Discriminación de la siguiente manera: *“Existe discriminación cuando arbitrariamente se efectúa una distinción, inclusión o restricción que afecta el derecho igualitario de toda persona a la protección de las leyes, así como cuando injustificadamente, se le afecta a una persona, o, grupo de personas o una comunidad el ejercicio de algunas de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, religión o nacionalidad, opiniones políticas (...), sexo (...) u otro de cualquier naturaleza posible.”* MARTÍNEZ VIVOT, 2000, p. 27.-

rantizar la igualdad y a tomar medidas para prevenir y sancionar la discriminación en todas sus formas.²

En relación a la legislación nacional, la Ley N° 23.592, es la regulación antidiscriminatoria más completa y general de Argentina; y sus disposiciones están orientadas a regir en todas las ramas del derecho. Sin embargo, al aplicarla en las relaciones del trabajo, debe ser articulada con un conjunto de normas de distinto rango, pues todo ese amplio plexo normativo integra el derecho antidiscriminatorio y es necesario correlacionarlo adecuadamente, a fin de establecer su alcance.³

Al respecto, en el año 2010 la Suprema Corte de Justicia decidió en el precedente “Álvarez”⁴, que las disposiciones de la ley 23.592 son aplicables a los despidos discriminatorios decretados en el ámbito de las relaciones privadas, más concretamente en los casos que el trabajador afectado haya optado por reclamar la nulidad de dicho acto y

2. En cuanto a la normativa internacional, podemos mencionar: art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2º, 3º y 7º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 11 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 1º y 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aprobada por ley 25.280, arts. 1º, 2º y concordantes de la Declaración Socio laboral del Mercosur. Convenios de la OIT Nros. 100, 111, 156 y 158, entre otras.

3. Entre estas normas podemos mencionar los arts. 14 bis, 16, 43 de la Constitución Nacional, arts. 17, 81, 172, 180, 183 y concordantes de la LCT, ley 23.753 (diabetes), ley de protección integral a las mujeres Ley 26.485, ley 23.798 (VIH/SIDA), ley 25.404 (epilepsia), arts. 40/52 de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, entre otras.

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, sentencia del 7 de diciembre de 2010, A. 1023. XLIII, Fallos: 333:2306.

su consecuente reincorporación. Además, la Corte declara al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación en el dominio de *Jus Cogens*, con lo cual se lo coloca en el máximo nivel jurídico, como “*uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional.*”

Así las cosas, antes del fallo “Pellicori”⁵, hubo debates en la doctrina y jurisprudencia sobre quien te la carga de la prueba en casos de presunta discriminación. Más, en dicho precedente la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó que la parte que invoque un motivo discriminatorio corre con la acreditación de hechos que, “*prima facie*” evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

Ahora bien, el debate actual en la doctrina jurídica se centra en las opciones legales disponibles para los jueces al enfrentar casos de rescisión laboral discriminatoria. Un enfoque sostiene que los despidos discriminatorios⁶ deberían ser efectivos desde el punto de vista legal, con una indemnización adecuada para el trabajador como única reparación. En contraste, la postura mayoritaria argumenta que estos despidos son nulos y que el trabajador debe recibir reparaciones adicionales de acuerdo con las normativas civiles.

En ese sentido, autores como Rodríguez Mancini exponen que ni la Constitución, ni el Derecho Internacional del Trabajo, ni la ley interna permiten ni exigen ninguna solución para los despidos dis-

5. Corte Suprema de Justicia de la Nación CSJN) en “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados s/recurso de amparo” sentencia del 15 de noviembre de 2011, P. 489. XLIV, Fallos: 334:1387.

6. A los fines de este trabajo entenderemos al Despido discriminatorio como “*una práctica considerada arbitraria, ilegal, desigual, y que va en contra de los principios generales del derecho, principalmente el principio de igualdad y demás derechos fundamentales...*” CIAPPINO, 2020, p. 18.

criminatorios que no sea la compensación por el daño causado. Entendiendo inaplicable a los despidos discriminatorios normas que no sean específicamente laborales, como la Ley N° 23592, tanto en la reparación como en la declaración de nulidad del acto extintivo. Esta postura, hace una cerrada defensa de la eficacia de los despidos discriminatorios y de la “estabilidad impropia” como mecanismo acorde a “*los derechos fundamentales del empleador, quien no pude ser obligado a mantener la relación laboral con un trabajador determinado con quien no desea mantener el contrato.*”⁷

Sin embargo, la doctrina mayoritaria⁸ desafía esta perspectiva, entendiendo que no existe margen alguno para la convalidación de la eficacia extintiva de estos despidos calificados. Esto se basa, en las garantías constitucionales a la igualdad y la protección contra el despido arbitrario, el derecho humano al trabajo consagrado en los diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional y disposiciones de derecho positivo interno (ley 23.592), así como los principios del Derecho del Trabajo.

Ahora bien, desde la mirada del Análisis económico del Derecho, se aboga para que las cuantificaciones de daños sean exactas, pues es fundamental que el sistema de reparación otorgue una compensación “perfecta o integral”, es decir, se requiere de una compensación que reponga a la víctima al nivel de utilidad que tenía antes de haber sufrido el daño.

7. RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *La discriminación y el contrato de Trabajo*, en L.L. 2006-E-134 y en DT 2007-a-1.

8. Ver: FERNANDEZ MADRID, 2001, p. 1847.

Esta regla no sólo constituye un requerimiento de justicia muy intuitivo, sino, además, también de eficiencia⁹: sólo si el victimario debe indemnizar a la víctima por un monto igual al daño tiene incentivos adecuados para adoptar un nivel eficiente de cuidado en términos a la prevención del acontecimiento dañoso, en el sub examine, el despido discriminatorio.

Puesto que, si la compensación resulta menor a los daños producidos, los agentes de riesgo tienen incentivos para invertir muy poco en prevención o extender su nivel de actividad más allá de la cantidad eficiente. En este supuesto, los victimarios enfrentan incentivos que llevan a equilibrios ineficientes, puesto que pueden exteriorizar parcialmente el costo de los daños a las víctimas potenciales.¹⁰ Caso contrario, si las indemnizaciones son mayores que el valor del daño, los individuos tienen incentivos para destinar demasiados recursos en prevenir accidentes o reducir la cantidad de actividad productora de riesgos a un nivel inferior al óptimo (subproducción), generando mayores precios. En cualquiera de los dos casos el costo social se incrementa.

Por lo que, sólo una condena adecuada, y ajustada al monto necesario para cumplir con esta función de reparación y disuasión -me-

9. Es necesario remarcar, que en la presente investigación el criterio de eficiencia empleado será el de Kaldor Hicks, al respecto: *“Un estado de cosas “X” es superior a otro “Z”, en los términos de Kaldor- Hicks, si, y solo si, quienes se benefician en “X” estarían en condiciones de compensar a quienes se perjudican y, no obstante ello, mantener su calidad de ganadores. Se le denomina criterio de la “compensación potencial”, porque dicha compensación es hipotética y no necesariamente debe producirse; se entiende que constituye una mejora “potencial” al criterio tradicional de Pareto, en tanto que hipotéticamente quienes ganan en “X” habrían estado en condiciones de compensar antes del cambio a quienes pierden, de tal modo que como hipótesis estos habrían aceptado “X”. Puesto en otros términos: los “perdedores” de “X” quedan hipotéticamente indiferentes frente a la elección entre “X” y “Z”.”* en ROJAS, SCHENONE, y STORDEUR, 2012, pp. 29-28.

10. STORDEUR, 2011. pp. 249-250.

diante una sanción- deseable socialmente, conduce al punto de equilibrio óptimo del mercado, internalizándose los costos sociales en la producción de bienes.¹¹

La idea central de este enfoque es que, para entender cabalmente las instituciones jurídicas, no bastan los conceptos de equidad y justicia. Por el contrario, deben considerarse además los efectos económicos que las diversas normas provocan en la comunidad, con intención o sin ella. Entendiendo que, el propio concepto de justicia es difuso y de compleja aprehensión para la teoría del derecho; en este marco, la ciencia económica puede aportar precisiones enriquecedoras.

Pues, la economía tiene por objeto el estudio de las elecciones en contextos de escasez y, por lo tanto, un ámbito mucho más extenso que el de los mercados de bienes y servicios. En otras palabras, la economía refiere a que las personas toman decisiones con la finalidad de maximizar su bienestar en los más diversos contextos de la vida social, lo que incluye las decisiones relativas a cumplir contratos o adoptar una unidad adicional de cuidado frente la perspectiva de pagar daños por accidentes.

En ese sentido, las reglas legales contienen precios no monetarios, que incentivan de manera determinada a las decisiones humanas, de un modo algo análogo al modo en el cual lo hacen los precios monetarios. De ese modo, el sistema legal puede examinarse, desde la teoría económica, finalmente como un sistema de organización social basado en incentivos.

En este sentido, concluye Horacio Spector:

“Lo que el AED propone es utilizar el conocimiento y las técnicas de la ciencia económica para predecir, con la mayor precisión posible, las consecuencias que puedan generar las distintas alternativas jurídicas sobre una misma cuestión, de manera tal

11. IRIGOYEN TESTA, 2010, pp. 02

que la elección normativa recaiga en aquella que garantice la forma más eficiente, sin perjuicio de preservar la solución justa. Pues, sin la posibilidad de aprovechar los resultados de la ciencia económica, legisladores y jueces podrían provocar efectos no queridos, y a veces incluso contrarios a los buscados, que podrían ser fácilmente evitados apelando al conocimiento económico disponible.”¹²

A modo de epílogo, podríamos referenciar que, conforme una clásica concepción, la economía, podría definirse como la ciencia de la elección y, por lo tanto, aplicable tanto a decisiones que recaen sobre bienes y servicios en los mercados típicos o sobre decisiones tales como iniciar una demanda o apelar una sentencia, adoptar una unidad más de cuidado para evitar los costos esperados de una sentencia por daños y perjuicios o cumplir un convenio frente a la alternativa de enfrentar un pleito.

Desde otra mirada, por su parte, Thomas Ulen -gran referente en la cuestión- cree que el principal aporte del AED es un compromiso mayor con la teorización abstracta y la comprobación empírica de las teorías legales, es decir, una cabal introducción del método científico de investigación en el derecho. Los límites de la dogmática legal para la teorización abstracta son enormes y es poco frecuente que las teorías en el campo legal sean permeables a comprobación empírica.

Este enfoque podría ser relevante para la tesis, ya que aboga por una evaluación económica de las decisiones legales y la importancia de una compensación eficiente y equitativa en casos de daño.

12. SPECTOR, 2004, p.22

Conclusión

Por las breves consideraciones expuestas, es menester destacar que la falta de un sistema legal que tipifique los despidos discriminatorios en base a variables objetivas y que ofrezca una de reparación eficiente de los mismos, plantea la necesidad de un examen en profundidad tanto de las posturas académicas predominantes en la materia, como así también de los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables. Este análisis deberá proporcionar elementos sustanciales que impulsen el desarrollo de un sistema capaz de promover la prevención y la reparación justa y eficiente de estos actos peyorativos en el ámbito laboral, lo cual, como ya se ha dicho, redundará en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Metodología

\ 340

Para realizar el presente trabajo, se empleará un enfoque mixto que combina la investigación cualitativa y cuantitativa. En primer lugar, se llevará a cabo un análisis de la jurisprudencia de tribunales laborales, Superiores Tribunales de Justicia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, junto con la revisión de la doctrina especializada relacionada con el despido discriminatorio. Se examinarán obras y publicaciones de autores especializados en derecho laboral y derechos humanos, exponiendo cómo diferentes autores abordan el despido discriminatorio y la cuantificación de los daños en estos casos.

La investigación cuantitativa incluirá la recopilación de datos estadísticos sobre actos discriminatorios en el trabajo y la situación laboral en Argentina. Se utilizarán fuentes públicas y datos proporcionados por consultoras y organizaciones no gubernamentales.

Finalmente, se realizará un análisis crítico de los datos recopilados y la información obtenida de la jurisprudencia y el derecho comparado. Sobre la base de estos hallazgos, se diseñarán nuevas variables

objetivas y propondrá la incorporación de las mismas para la tipificación y cuantificación del despido discriminatorio.

En cuanto al marco teórico, puntualmente sobre la teoría general del derecho empleada, como ya se ha mencionado anteriormente, se aplicará el Análisis Económico del Derecho (AED).

Bibliografía Consultada

CIAPPINO, Angel L, “PROTECCIONES E INDEMNIZACIONES EN CASOS DE DESPIDO DISCRIMINATORIO”, Cuadernos de Derecho Público, Universidad Católica de Córdoba, Vol. 8, año 2020.

DE DIEGO, Julián A., *Tratado De Derecho De Trabajo, Tomo IV, El Despido Y Otras Formas De Extinción*, Buenos Aires, Ed. La Ley, Año 2012.

FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley Buenos Aires, 2001-II, p. 1847.

IRIGOYEN TESTA, Matías, “El Tope Apropiado de los Daños Punitivos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley*, Buenos Aires, I.S.S.N. 1666-4590, Año XII - Nº 11 – Noviembre de 2010.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio, “La Discriminación Laboral. Despido Discriminatorio”. Ed. USAL, Buenos Aires, 2000.

RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *La discriminación y el contrato de Trabajo*, en L.L. 2006-E-134 y en DT 2007-a-1.

- ROJAS, Ricardo M., SCHENONE, Osvaldo y STORDEUR, Eduardo (h), “*Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*”, Guatemala, Mayaprin, 2012.
- SPECTOR, Horacio, Elementos de Análisis Económico del Derecho, Rubinzo-Culzoni. 2004, p.22.
- STORDEUR, Eduardo (h), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción.*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- ULEN, Thomas S., “The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship”, Chicago-Kent Law Review, vol. 79, 2004, p. 415.

Reflexiones entorno a la responsabilidad del Estado derivada de la función judicial

| Parra, Camila |

Reflexiones entorno a la responsabilidad del Estado derivada de la función judicial.

Introducción

El presente artículo se presenta en el marco de la carrera de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, y constituye el trabajo final de la materia Metodología de la Investigación. En el mismo abordaremos algunos aspectos esenciales sobre el instituto de la responsabilidad del Estado derivada de la función judicial, pretendiendo realizar avances preliminares que sirvan al plan de tesis titulado “El juicio por jurados penal y la responsabilidad del Estado derivada de la prestación anormal del servicio de justicia”.

Aunque el jurado ha sido profusamente estudiado en el campo del derecho penal y procesal penal, ha despertado escaso, por no decir nulo, interés desde el Derecho Administrativo. Y esto no resulta menor, ya que nos encontramos frente a un cambio de paradigma en la administración de justicia penal dado por la participación ciudadana, lo que abre un nuevo panorama ante los supuestos de responsabilidad estatal por prestación anormal de la función judicial.

En este sentido resulta fundamental tener presente que la vigencia real y efectiva del deber del Estado de resarcir los daños causados, tanto a las personas como a sus bienes, respecto de los actos, hechos

u omisiones estatales emanados de sus órganos en ejercicio de las funciones del poder público, es una garantía sustancial para equilibrar el ejercicio del régimen exorbitante del derecho administrativo.

Se reconoce actualmente en virtud de la concepción del Estado de Derecho acunado por la democracia occidental, que la actividad u omisión del Estado, ya sea contractual o extracontractual, que se exteriorice a través de sus funciones administrativa, legislativa o judicial, puede causar daño a los particulares, los que en virtud de las nociones de equidad y justicia, necesariamente deben ser resarcidos por el propio Estado, como autor y responsable de los mismos. (Marienhoff, 1997, p.716)

En la Argentina, este reconocimiento no fue normativo sino pretoriano. Tal como sucedió en otros países, no surgió de una regulación positiva, orgánica e integral (Marienhoff, 1997). Ya que lo relacionado con este instituto del Derecho Administrativo recién tuvo consagración legislativa, a nivel federal, en el año 2014 a través de la sanción de la Ley N° 26.944 de responsabilidad estatal. Cabe tener presente que, siendo el derecho administrativo de carácter local, corresponde a cada provincia y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a los arts. 1°, 121, 122 y 129 de la Constitución Nacional, dictar su propio marco jurídico sobre responsabilidad estatal local.

La evolución de la responsabilidad del Estado es el punto de inicio para comprender el modo en que ésta gravita hoy en día. Fue el resultado del desarrollo de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que tuvo que recurrir a normas de derecho privado, tamizadas por los principios del Derecho Administrativo, para dar respuesta a los casos concretos. Esto se debió a que el derecho civil ha precedido en el tiempo al derecho administrativo y éste reconoce una elaboración posterior, en razón de la evolución histórica y las necesidades sociales que dieron lugar al desarrollo de estos dos campos del derecho.

En 1933, operado el quiebre del dogma de la irresponsabilidad estatal sustentado en el principio de soberanía, la Corte falla en el caso “Devoto”¹, admitiendo la responsabilidad subjetiva e indirecta del Estado, demostrando la culpabilidad del agente y debiendo responder el Estado en su carácter de principal por los hechos de sus dependientes con base en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

Cinco años después, nuestro Tribunal cimero cambia su doctrina en el precedente “Ferrocarril Oeste”², adoptando un criterio objetivo de atribución de la responsabilidad con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil y manteniendo el carácter indirecto conforme el artículo 1113 del mismo cuerpo normativo.

Por último, el fallo “Vadell”³ del año 1984, en el cual nuestra Corte establece la responsabilidad objetiva y directa del Estado. Esto significa que acepta la teoría del órgano para atribuir las conductas de sus agentes y recepta expresamente el concepto de falta de servicio, lo que se mantiene vigente hasta el día de hoy respecto de actos y hechos u omisiones ilícitos.

Asimismo, más adelante, también se lo responsabilizó por sus conductas lícitas. Resulta central resaltar este reconocimiento, debido a que las actividades lícitas e ilícitas son propias del derecho público obligandonos a abandonar el campo del derecho civil donde solo existe la responsabilidad por conductas ilícitas (Bee Sellares, 2019). Es decir que, en el derecho administrativo, corresponde privilegiar la índole lícita o ilícita de la actividad.

Hoy en día se admite la responsabilidad directa y objetiva del Estado por actos, hechos y omisiones derivados de la actividad o

1. CSJN, 1933, “S.A. Tomás Devoto y compañía v. Gobierno Nacional”, fallos 169:111.

2. CSJN, 1938, “Ferrocarril Oeste v. Provincia de Buenos Aires”, fallos 182:5.

3. CSJN, 1984, “Vadell, Jorge Fernando v. Provincia de Buenos Aires”, fallos 306:2030.

inactividad de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial. Sin embargo, la responsabilidad estatal por los daños causados en cumplimiento de su función judicial, es la que más dificultades origina y suscita controversias, tanto en su planteamiento doctrinal como en su aplicación práctica (Comadira, 2013). Lo que también se traslada al campo de la jurisprudencia..

II. Estado del Conocimiento:

En el ámbito del ejercicio de la función judicial, la responsabilidad del Estado se circunscribe a los hechos y omisiones y actos jurisdiccionales cumplidos por los órganos integrantes del Poder Judicial, tanto nacional como local, diferenciando la doctrina entre responsabilidad *in iudicando* y responsabilidad *in procedendo*.

En primer lugar analizaremos la responsabilidad *in procedendo* y luego la responsabilidad *in iudicando*, y de qué manera la jurisprudencia ha ido delineando y reconociendo ambas, con los significativos aportes de la doctrina.

La responsabilidad *in procedendo*, reconoce como causa del daño el defectuoso o anormal funcionamiento judicial que se verifica durante la sustanciación del proceso. Es decir que responde a supuestos más vagos, no siempre asociados al concepto puro de función jurisdiccional al resultar producto, en gran número, de ocasiones del ejercicio de actividad administrativa por parte de órganos o auxiliares de la Justicia (Tawil, 1989).

Quedan comprendidas en esta especie de responsabilidad las omisiones e irregularidades cometidas tanto por los jueces, como rectores del proceso, como las de secretarios, fiscales y demás funcionarios judiciales en ejercicio de la competencia judicial propia que les ha sido asignada. Pueden citarse como supuestos de anormal desempeño u omisión, con carácter meramente enunciativo y sin agotar las posibilidades, los siguientes: demora judicial irrazonable; libramiento irre-

gular de cédulas, oficios, exhortos y órdenes judiciales en general; los errores en el libramiento de cheques; liquidaciones erróneas, extravío de documentación.

Asimismo, de acuerdo con calificada doctrina también puede configurarse a raíz de actos u omisiones de auxiliares de la justicia⁴. En este punto debe tenerse presente que al resultar amplio el abanico de quienes se desempeñan en tal carácter, para la configuración de la responsabilidad del Estado, deberá tenerse presente la teoría del órgano.

En cuanto a sus presupuestos de procedencia, deben verificarse: el daño, una conducta u omisión antijurídica por parte de un órgano estatal, relación de causalidad adecuada y la falta de servicio como factor de atribución objetivo y directo. Se trata de los mismos requisitos que demanda la configuración de requiere la responsabilidad del Estado por actividad o inactividad ilícita. En este sentido: “La deficiente prestación del servicio de justicia es asociada a daños causados en el trámite del proceso debiendo solamente probarse los presupuestos generales de la responsabilidad por daños asociados a la falta de servicio” (Cuadros, 2018, p. 215).

Es ilustrativo de lo antes expuesto, el precedente de nuestro máximo tribunal “Hotelera Río de La Plata”⁵ del año 1985, en el cual reconoció la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por la orden irregularmente impartida por uno de los magistrados integrantes de su Poder Judicial, porque implicó el cumplimiento defec- tuoso de funciones que le son propias y quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Así la Corte sostuvo que no se trata de una responsabilidad indirecta,

4. En este sentido Alvarez, Balbin, Tawil y Toledo.

5. CSJN, 1985, “Hotelera Río de La Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 307:821.

toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, debiendo responder de modo directo por sus consecuencias dañosas. Recurriendo a la idea objetiva de la falta de servicio y a la teoría del órgano.

Este criterio también fue sostenido en los fallos “Etcheverry”⁶ y “De Gandía”⁷, donde la Corte Suprema debate la responsabilidad del Estado *in procedendo* por omisión.

Por su parte la responsabilidad *in iudicando* se caracteriza por la existencia de un error judicial que se traduce y origina una sentencia injusta, implicando una violación al deber de todo magistrado de dictar resoluciones conforme a derecho y a los hechos alegados y probados. Debe tratarse de una sentencia groseramente injusta e inequitativa y violatoria de las garantías constitucionales.

Es de resaltar que el error judicial es: “un concepto más restringido que se presenta como consecuencia de una declaración de voluntad de un magistrado y que puede reconocer como origen tanto un error de hecho como de derecho” (Tawil, 1989, p. 53). El supuesto de los daños causados a las personas por la actividad funcional del Poder Judicial, ha generado disidencias en la doctrina. Por un lado, están quienes conciben a la responsabilidad del Estado derivada de la función judicial como un supuesto excepcional de responsabilidad⁸, en tanto que para otros:

Si bien no se trata de una hipótesis excepcional de responsabilidad, las particulares características que presenta su desenvolvimiento, existencia de decisiones dotadas de fuerza de verdad legal, sumadas

6. CSJN, 1986, “Etcheverry, Luisa c. Provincia de Buenos Aires - daños y perjuicios”, Fallos: 308:2494.

7. CSJN, 1995, “De Gandía, Beatriz c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 318:845.

8. En este sentido Cassagne y Galli Basualdo.

al deber cívico de someterse en forma legal a un proceso judicial y cumplir, dentro de los términos correspondientes, la resolución que el juez dicte sentencia que importará el cumplimiento coactivo de una pena privativa de la libertad, una multa, una inhabilitación, o bien la satisfacción de una obligación de dar, hacer o no hacer, ameritan su tratamiento singular (Cuadros, 2018, p. 213).

Abona esta posición Comadira (2013):

De cualquier manera, la extensión de la responsabilidad estatal por actos judiciales debe ser constreñida a sus límites naturales, sin olvidar que la actividad judicial corrientemente puede irrogar a los particulares, ya sean partes o terceros, molestias o perjuicios que, si no exceden lo razonable, tienen que ser soportados por esas personas, sin que puedan alegar derecho a un resarcimiento, como si fuera un resultado no querido por la ley, pero inevitable. Así ocurre, por ejemplo, con quien es privado de su libertad durante la tramitación de un proceso penal, que finalmente concluye por el reconocimiento de su inocencia (p. 1554).

La responsabilidad del Estado por sus actos judiciales, se acepta sin disidencias en la esfera penal. Comadira (2013) sostiene: “Su manifestación más clara es, tal vez, el error judicial producido en la jurisdicción penal, que tiene lugar cuando se produce la condena como culpable a quien es realmente inocente” (p. 1552).

Sin embargo, su extensión a los actos judiciales que resuelven cuestiones civiles, comerciales o laborales, no se acepta de manera pacífica. Se fundamenta que en estos procesos el control de la causa corresponde a las partes, en tanto que el Estado actúa como un tercero cuya facultad se limita a resolver una contienda patrimonial entre dos partes interesadas en base a los hechos, fundamentos y pruebas brindadas por estas. De acuerdo con Comadira (2013): Esas razones, sin embargo, no parecen suficientes como para excluir la

procedencia de la responsabilidad, ya que el Estado, al desarrollar ese cometido, cumple una función que le es tan inherente como la de legislar o administrar (p. 1553).

Para que se configure la responsabilidad del Estado por error judicial, además de los presupuestos que expusimos al desarrollar la responsabilidad *in procedendo* para que pueda reclamarse la reparación, y atendiendo a la existencia de una sentencia, resulta necesaria la condición de que el acto judicial erróneo haya sido dejado sin efecto por otro acto judicial. Así lo sostiene nuestro tribunal cimero desde el año 1988 con el dictado del fallo “Vignoni”⁹ donde consideró que para responsabilizar al Estado por error judicial, el acto jurisdiccional que originó el daño debe ser declarado ilegítimo y dejado sin efecto de manera previa, atento al carácter de verdad legal de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, constituyendo la acción de daños y perjuicios un recurso contra un pronunciamiento firme no previsto ni admitido en la ley.

351 /

La vía procesal apta para revisar las sentencias firmes por errores judiciales es la acción autónoma declarativa de invalidez de la cosa juzgada material que se considera irrita. Esta es la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptada desde el fallo “Egues”¹⁰.

Con la reforma constitucional de 1994, adquirieron rango constitucional tanto el Pacto de San José de Costa Rica que en su artículo 10 reconoce el derecho a ser indemnizado en caso de ser condenado por sentencia firme debido a un error judicial, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que prescribe en su artículo 9 inciso 5 que a toda persona que haya sido condenada por una sentencia firme que

9. CSJN, 1988, “Vignoni, Antonio c. Estado nacional y otros”, Fallos: 311:1007.

10. CSJN, 1996, “Egues, Alberto c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 319:2527.

luego haya sido revocada, o donde habiendo sido condenada fuera indultada por un error judicial, debe caberle una indemnización.

III. Marco teórico

(máximo 5 páginas). Muestre su adhesión a una teoría sustantiva y trate de identificar sus posiciones con alguna teoría general del derecho. Intente explicar la posible metodología, las técnicas de recolección de datos y las fuentes de investigación que se utilizarían (doctrina, legislación, jurisprudencia, documentos de derecho comparado, estadísticas, casos, observación, etc.)

\ 352

Bibliografía

- Balbin, C. F. (2015). *Manual de Derecho Administrativo*. La Ley.
- Bee Sellares, M. (2019). *Responsabilidad del Estado por actividad judicial*. <https://cdi.mecon.gob.ar/bases/jurid/19193.pdf>
- Comadira, J. R., Escola, H. J. y Comadira, J. P. (2013). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I y II. (3. ed. t. 2). Abeledo Perrot.
- Cuadros, O. (2018). *Responsabilidad por Daños y Estado*. Astrea.
- Ferreyra, L. E. (2017). *La regulación de la Responsabilidad del Estado*. Ediar.
- Marienhoff, M. (1997). *Tratado de Derecho Administrativo* (t. 4). Abeledo Perrot.
- Rey Vázquez, Luis E. (2020). *La responsabilidad del Estado en las provincias argentinas*. <https://cdi.mecon.gob.ar/bases/jurid/19340.pdf>

Tawil, G. S. (1989). *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Depalma.

Toledo, R. I. (2013). *Responsabilidad del Estado, de los jueces, funcionarios, empleados y auxiliares de la justicia derivada del ejercicio de la función judicial*. Contexto.

Poder de Policía y Justicia.
Evolución de las Facultades
Sanitarias de los Jueces
de Paz de Corrientes
(1853-1880)

I Payes, Matías Francisco

Poder de Policía y Justicia. Evolución de las Facultades Sanitarias de los Jueces de Paz de Corrientes (1853-1880)

Introducción

El Poder Judicial fue uno de los órganos que históricamente han tenido mayor preponderancia a lo largo de la historia, participando activamente en las decisiones que atañen al buen funcionamiento de cada comunidad.

355 /

Estas decisiones no se limitan a la función tradicional jurisdiccional, ya que los mismos se comportaban como órganos de cooperación de los órganos ejecutivos.

El presente artículo se desenvuelve en torno a investigar acerca de la estructura y funciones de la Justicia de Paz en Corrientes del Siglo XIX, haciendo particular énfasis en las facultades de poder policía en las cuestiones sanitarias.

La investigación surge de un análisis embrionario de la relación de la salud y la actuación judicial en Corrientes, describiendo pormenorizadamente las distintas funciones de dichos órganos jurisdiccionales, así como tener en consideración los motivos por los cuales los jueces fueron evolucionando en sus competencias.

En este caso puntual se irá describiendo desde una perspectiva histórica las diversas situaciones en las cuales poseía injerencia la Justicia de Paz en el período 1853-1880, en razón de ser el período caracterizado por ser de la “ORGANIZACIÓN NACIONAL”

Se pretende entender que el presente artículo puede significar un importante aporte para el estudio de la historia del derecho y de la salud pública correntina, en razón de que en la actualidad no existen investigaciones abocadas a la decisiones sanitarias que adoptaban los Jueces de Paz en Corrientes del siglo XXI, siendo ello una investigación novedosa, ya que el objeto de la presente es analizar aquellas decisiones en función del Poder de Policía del Estado, entre las cuales se puede desarrollar una teoría tradicional, en la cual el Estado se aboca exclusivamente a cuestiones de salubridad, seguridad y moralidad desde el rol de garantizar el buen funcionamiento sin mirar si la sociedad en su mayoría pueden acceder a los servicios prestados, o bien desde un rol intervencionista que el Estado con la gran variedad de herramientas.

Además cabe señalar que el suscripto, incursionó en la peculiar interacción del Derecho, la Salud y la Tecnología, en virtud de becas de investigación de grado y post-grado de la Secretaría General de Ciencia y Técnica, y que como docente desarrolla actividades precisamente en Derecho Público Provincial y Municipal (Facultad de Derecho), todos de la Universidad Nacional del Nordeste.

\ 356

Estado de conocimiento

Este trabajo posee una investigación de naturaleza descriptiva en virtud de analizarse pormenorizadamente las funciones extrajudiciales de los Juzgados de Paz en Corrientes en el período 1853/1880.

El razonamiento que fue seguido para arribar es de corte deductivo ya que se parte de las distintas competencias de las cuales hacía foco la Judicatura Local, para luego realizar una conclusión general.

Los métodos que se utilizaron para el desarrollo de la presente pertenecen en primer lugar la interpretación doctrinaria, en base a aportes de referentes en la materia, así como el denominado método histórico, tomando normativa de los Registro Históricos que se encuentra en el Archivo General de la Provincia de Corrientes.

De los registros normativos de la época obrantes en el Archivo General de la provincia de Corrientes y en complementación de los aportes doctrinarios de los especialistas en la materia, puede aseverarse que el estado del sistema sanitario en nuestro provincia, estaba lejos de ser ideal, presentándose situaciones de escases de médicos o de dispensario de medicamentos.

Atento a ello la figura del Juez, presentó una destacada importancia, en virtud de su “estatus” eran la autoridad competente para declarar enfermedades infecciosas y extenderlas a su máxima expresión (ejemplo epidemias de Fiebre Amarilla o Córlera).

En el interior de la provincia los Jueces de Paz eran los encargados de asesorar a los Médicos de Policía en cuestiones médicos legales, de colaborar en las Juntas de Sanidad Portuaria, y llevar adelante las primeras medidas en caso de epidemias y de epizootias, con la particularidad de que la Justicia fue uno de los primeros órganos de la esfera estatal en el territorio, por lo cual se establece que el mismo debió tomar decisiones sanitarias individuales.

357 /

Se puede apreciar que el Juez de Paz, poseía las siguientes atribuciones:

- Participante de Comisiones de Higiene: Cuya misión era visitar los Hospitales y demás establecimientos de este género, exigiendo el cumplimiento de las prescripciones higiénicas enunciadas y todo aquello que en concepto de las Comisiones pueda contribuir a evitar el desarrollo de las enfermedades epidémicas; asimismo vigilaba sobre la remoción de todo foco de infección que pudiera existir en la población.
- Distribución de Vacunas: Encargado de fomentar en el territorio poblacional la utilización de la vacuna.

- \ 358
- Fiscalizando el Reglamento para Médicos y Farmacéuticos: Órgano de control del ejercicio de la profesión de Médico, realizando los exámenes pertinentes para su habilitación profesional.
 - Previniendo y Reprimiendo el CURANDERISMO: La presente se enmarca en que el curanderismo se correspondía al ejercicio “ilegal” de cualquiera de las ramas del arte de curar. Para ejercer una profesión era necesaria la autorización por parte del organismo sanitario de la provincia de Corrientes, correspondiendo la competencia al Tribunal de Medicina y luego al Consejo de Higiene de la Provincia de Corrientes, por lo cual todo profesional no habilitado ante dicho organismo, eran considerados “Curanderos” y eran reprimidos con multa y/o días de prisión.

Pudiendo concluirse que habiendo analizado las aristas más destacadas de las funciones históricas de los Jueces de Paz se puede aseverar que estos Magistrados tuvieron la misión de actuar como auxiliares de las autoridades del ejecutivo provincial, necesarias frente a las grandes distancias y especialmente a la escasez de profesionales debidamente diplomados y habilitados para el ejercicio de sus profesiones del arte de curar.

Marco teórico

El progresivo aumento de la competencia de los Jueces de Paz y Pedáneos en Corrientes históricamente importó “la obligada colaboración” con los otros poderes, máxime cuando en la mayoría de los sitios del interior provincial, estos jueces eran la ÚNICA autoridad provinciales, ello implica que tengan bajo su competencia la adopción en la decisiones sanitarias de la población.

Dicha aseveración se puede estudiar a partir del cambio paradigma de la doctrina en materia de PODER DE POLICÍA y el

advenimiento de las nuevas concepciones en materia de Salud Pública que viene de la mano del nacimiento de la Medicina Social, partiendo de las ideas teóricas primigenias del concepto de policía en función de la actividad estatal y relacionada de forma restrictiva en las cuestiones en las cuales tenía injerencia. (Lagarre, 2009)

Con el paso del tiempo dicha doctrina se iría ampliando pasando de una tesis restrictiva hacia un Estado Intervencionista o Gendarme, regulando las cuestiones relativas a la salud pública en un sentido amplio, entendiéndose comprendida por la asistencia estatal mediante la formulación de leyes de atención médica, normas sanitarias y normas penales.

Estas definiciones de control estatal y regulación de derechos entendida como “Poder de Policía” debe analizarse en conjunto iniciarse con los fundamentos expuestos por Galeno y Ibn Sina en los cuales se establecieron los lineamientos del ejercicio médico, que consistía en ofrecer a sus pacientes, técnicas personalizadas para “impedir la mala salud”, muchas veces dando la impresión de atención, concepto que recién cambiaría con la medicina moderna de Koch (Jaramillo Antillon, 1935)

Antes del cruce de Colón a este continente americano no existía una red de pestilencia (peste bubónica, lepra, viruela, cólera, malaria, sífilis y fiebre amarilla).

En toda sociedad, sometida a la transformación del Desarrollo, una epidemia influía sobre la relación de “...poder entre la minoría dominante y la mayoría dominada...”, sosteniendo las élites que las enfermedades atacaban a ciertas personas y dejaba en paz a otras. (Watts: 2000)

Es decir que se genera el fenómeno llamado “enfermedad constructo”, que determinaba lo que se podía hacer para limitar la transmisión de la enfermedad. Y este paradigma de la “Gran Tradición” vendría a ensanchar aún más, la divergencia entre las actitudes de la élite y del pueblo. (Watts, 1997)

Así a lo largo de la historia ha tenido mayor presencia la premisa de Illich que la Salud Pública en razón de que progresivamente ha tomado preponderancia la idea de la Salud en función de un resultado colectivo en intervenciones sanitarias, es decir ya no tomar como una mera relación individual en la que únicamente se detenía en la relación del profesional de la medicina con la persona paciente (Sanmartí, 1985)

La salud pública conforme la construcción teórica de Kuhn se enfocó en un análisis globalizado de la población, cuya respuesta fue reflejando la construcción del objeto de conocimiento en base a la concepción colectiva de comunidad, creencias y valores (Fernandez, 2010)

Estas teorías fueron complementadas con la oleada migratoria de trabajadores potenciales hacia Occidente, que terminó conformando la “fuerza motriz decisiva” para el desarrollo.

En Argentina: Nuestro país adecuó rápidamente sus instituciones, para adherirse a este modelo capitalista, donde los médicos se convertirían en la primera línea de defensa frente a las enfermedades, con el fin de evitar alteraciones al normal desarrollo comercial, que era impactado naturalmente, por las epidemias y sus cuarentenas.

Las teorías desarrollistas de Kuhn, Illich y la doctrina sanitaria impartida por Watts, mencionadas con anterioridad, tuvieron una presencia mayoritaria con la incorporación de la Medicina Social como una acepción de la salud pública con una porción distributiva hacia toda la comunidad, ello pudo dar un salto visible a partir de del año 1848 (desde el modelo Hipocrático) en el cual se generaría un cambio sustancial pasando de una Medicina individual donde la atención médica era asequible a un sector social. (Carvajal, 2009)

El proceso de las revoluciones liberales, traería aparejado el nacimiento de una nueva disciplina, la Medicina Social, con excelentes cultores en estas tierras, como los trabajos del padre de la Higiene Pública Argentina Guillermo Rawson, o de su discípulo el correntino Emilio Coni.

Por lo expuesto luego del complejo teórico someramente desarrollado, se prevé estudiar el aumento exponencial de las funciones de la

justicia de paz en Corrientes del Siglo XIX, asimismo la caracterización de las Resoluciones adoptadas en lo que respecta a las tareas que iban más alla de la misión jurisdiccional tradicional, tomando como punto de referencia las funciones en materia de salud, a raíz de que tenían a su cargo específicamente el funcionamiento de los servicios de salud de cada pueblo, siendo necesario fundamentar de donde se origina tal función.

El plan de investigación se divide en varias etapas, siguiendo el método histórico:

- *La Heurística*: que corresponderá a la búsqueda de testimonios o –al decir de Zorraquín Becú- la investigación de las fuentes (vestigios, documentos, etc.), que nos permitirá reflejar lo que aconteció en el pasado correntino en el período propuesto. Para ello: a) recopilaremos, mediante fichas de transcripción y de síntesis, las leyes, decretos, acuerdos, minutias y notas publicadas entre los años 1820 a 1910, en el Registro Oficial de la Provincia de Corrientes, así como Acordadas judiciales; b) recopilaremos, de la misma manera antes descripta, los periódicos correntinos “La Unión Argentina”, “El Progreso”, “La Esperanza”, “El Liberal”, “Las Cadenas”, “La Campaña”, “El Autonomista”, “El Litoral”, “El Trabajo”, “Corrientes”, “La Reacción”, “El Comercio”, “La Provincia”, “El Día”, “La Mañana”, que se encuentran disponibles en el período mencionado; c) recopilación con iguales características de los “Legajos Administrativos” –archivados por carpetas anuales generalmente sin ordenación temática-; d) recopilación con iguales características de la “Correspondencia Oficial”. Para ello concurriríremos a los repositorios de testimonios más habituales: mayoritariamente al Archivo General de la Provincia de Corrientes y en menor medida (búsqueda bibliográfica) a las Bibliotecas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas–UNNE, del Poder Legislativo y del Museo de Bellas Artes “Juan Ramón Vidal” y del Museo Histórico, ambos de la ciudad de Corrientes. Con las fichas de transcripción y

de síntesis mencionadas, confeccionaremos una base de datos relacional mediante la utilización de herramientas informáticas, lo que permitirá una rápida clasificación

- La Crítica: etapa en la cual se analizarán, confrontarán y valorarán los testimonios antes indicados, clasificándolos y desechándolos –si correspondiere–; y finalmente
- El Ordenamiento y la Exposición: (es decir la “recreación intelectual”, que equivale realmente a la “creación histórica”) que consistirá en la adecuada ordenación de esos materiales y en la presentación de los resultados, a manera de informe sobre el accionar de los Jueces de Paz del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, en el Siglo XIX.

\ 362

Bibliografía

BELMARTINO, Susana y otros. **Las Instituciones de Salud en la Argentina Liberal: desarrollo y crisis**, SECYT-Buenos Aires, 1987

BIELSA, Rafael **Compendio de Derecho Público**. Impreso en Tipografía Llorden SRL. Rosario; 1952

CASTELLO, Antonio Emilio. **Historia de Corrientes**, Editorial Plus Ultra (Colección Historia de nuestras provincias (12)), 1984

CUETO, M (editor) **Salud, Cultura y Sociedad en América Latina**, IEP/OPS, 1996

DOMINGUEZ, A. **Policía Sanitaria Doctrina - Legislación Nacional y Provincial-**, Depalma, 1946

FERRARA A. **Teoría Social y Salud**, Catálogos Ed., 1985

FUENZALIDA-PUELMA, Hernán L. y Susan Scholle Connor (editores). **El Derecho a la Salud en las Américas**, OPS (P.C. N° 509), 1989

GALANTINI, Washington. **Orígenes de la Medicina en Monte Caseros**, Tomo 1 y 2, edición del autor, 1989

GARCIA, J.C. **Pensamiento social en SALUD en América Latina**, Interamericana McGraw-Hill y OPS, 1994

GOMEZ, Hernán F. **Instituciones de la Provincia de Corrientes**, Lajouane & Cía- Editores, 1922

363 /

HERNANDEZ, Antonio María (h) y otros. **Derecho Público Provincial**. Lexis-Nexis. Buenos Aires; 2008

LEVAGGI, Abelardo. **Judicatura y Política. La Justicia Federal en las Provincias Argentinas**. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires; 1997

LINARES QUINTANA, Segundo V. **Gobierno y Administración de la República Argentina**. Ed. TEA. Buenos Aires; 1946

MONZON WYNGAARD A. et al. **Derecho Público Provincial y Municipal en las Constituciones del NEA**. Resistencia, Contexto, 2018

PEREZ GHILOU, Dardo y otros. **Derecho Público Provincial y Municipal**. Vol. I, II III. 2^a Edición actualizada. La Ley. Buenos Aires; 2004-20

PINEAULT R. **La Planificación Sanitaria**, Masson, 1992

RAMIREZ BRASCHI, Dardo **Judicatura y Poder. Corrientes del Siglo XIX**. Moglia Ediciones. Corrientes, 2008

ROSEN, George. **De la Policía Médica a la Medicina Social**, Siglo Veintiuno editores RUIZ

TESTA M. **Pensar en Salud**, Lugar Ed., 1989

VERONELLI, Juan Carlos. **Centralización y Descentralización de la Atención de la Salud en Argentina**, CFI, 1973

\ 364

VERONELLI, Juan Carlos y Magalí VERONELLI CORRECH **Los orígenes institucionales de la Salud Pública en la Argentina**, T.: I y II, OPS, 2004

WATTS, Sheldon. **Epidemias y Poder. Historia, enfermedad, imperialismo**, Editorial Andrés Bello, 1997

La recepción de la gobernanza ambiental en las construcciones jurídicas de las normas urbanísticas de excepción en la Municipalidad de la ciudad de Corrientes

| Pozzer, Gerardo Adrián |

La recepción de la gobernanza ambiental en las construcciones jurídicas de las normas urbanísticas de excepción en la municipalidad de la ciudad de Corrientes

Introducción

El presente trabajo aborda el análisis de las construcciones jurídicas de las ordenanzas de excepción a las normativas urbanas de la municipalidad de la ciudad de Corrientes a través de un estudio de casos, con el propósito de verificar la recepción implícita o explícita de la gobernanza ambiental. Los resultados del presente son de impacto para el abordaje de esta temática desde la dimensión jurídica toda vez que en ordenamientos jurídicos comparados la resolución de las situaciones planteadas se proponen desde una concepción deliberativa de la democracia comprensiva en la gobernanza ambiental. Sostengo que el destino y la funcionalidad que se le da a las divisiones espaciales dentro de una ciudad constituyen un problema urbanístico pero al mismo tiempo ambiental. Por ello me propongo describir el concepto de gobernanza ambiental y su vínculo con la concepción deliberativa de la democracia, describir los antecedentes empíricos que se desarrollan en el ámbito espacial de la municipalidad de Corrientes, seguidamente abordar desde las perspectivas teóricas del derecho estas situaciones planteadas. Luego describir el enfoque metodológico por el cual se obtienen ciertos resultados que se te escriben como colorario de este trabajo.

Estado del arte

La gobernanza ambiental busca comprender la interrelación entre diferentes protagonistas de una situación problemática en las ciudades. Esos protagonistas van desde las organizaciones no gubernamentales, los ciudadanos y los empresarios y como el desenvolvimiento de esta interrelación se traduce en un proceso de toma de decisiones sobre la situación problemática por el uso del bien común en las ciudades. Ese proceso tiene que tender a ser deliberativo. No es suficiente con la participación activa de los actores o protagonistas, las decisiones tienden a adoptarse en un proceso deliberativo que pone en juego la legitimidad democrática y la eficacia de las políticas públicas urbanísticas.

Así, “En las últimas décadas el ejercicio democrático se ha concentrado en gran medida en la celebración de contiendas electorales de representación popular más o menos competitivas y justas, exaltando el aspecto procedimental de la democracia sobre muchos otros atributos. Sin embargo, los mecanismos tradicionales de representación política no logran satisfacer muchos aspectos de la vida ciudadana del siglo XXI.” (Alfie Cohen, 2013, p76).

La cuestión deliberativa es intrínseca a la cuestión ambiental y su evolución a lo largo del tiempo. Como lo expresa Rivera Vidal (2020), la gestión del ambiente exige reconocer la importancia de poder desarrollar las actividades productivas en el presente, teniendo en cuenta las posibles consecuencias que su desarrollo puede acarrear, obligando a adoptar acciones de mitigación o de adaptación, con el objetivo de preservar el bien colectivo para que las futuras generaciones tengan las mismas posibilidades de aprovechamiento de recursos que en el presente. Por la importancia del bien jurídico protegido, es decir, el derecho al ambiente sano, y el objetivo de poder aprovechar razonablemente los recursos derivados del ambiente, la tensión que ha caracterizado al problema ambiental en su generalidad sólo encuentra respuesta en la cuestión deliberativa.

Por ejemplo, es singular la reacción de los pueblos lindantes o cercanos a explotaciones de extracción de recursos mineros, ya que de la forma en que se ha llevado adelante en América Latina, ha traído como consecuencia efectos negativos sobre el ambiente y la salud de la población. Es lo que Lizama Poblete (2017) ha dado en llamar “conflictos ecológicos distributivos”, cuya característica es una desigual distribución del ingreso y el poder.

“La Democracia Deliberativa es una forma de organización de las fuerzas políticas y sociales que permite a los ciudadanos participar e influir sobre las decisiones que afectan sus vidas. La exploración de la deliberación es una estrategia progresiva de reforma institucional que permite avanzar en el entendimiento empírico y conceptual de la práctica democrática, pues pone en juego los valores de participación, deliberación y empoderamiento bajo límites de prudencia y viabilidad.” (Alfie Cohen, 2013, p. 87).

Este proceso de toma de decisiones se caracteriza por diferir de las formas tradicionales de ejercicio del poder político: se enfoca en la resolución de problemas concretos y particularizados, exige la participación del ciudadano afectado por un problema ambiental y el uso de la deliberación para la búsqueda de un consenso entre los diferentes actores involucrados.

a descentralización, tanto administrativa como política, se ha convertido en una de las condiciones para su ejecución. Se trata de dirigir la evolución de los mecanismos tradicionales del poder estatal hacia formas permanentes de democracia deliberativa.

Siguiendo a la autora Alfie Cohen (2013), se encuentran diferentes corrientes que tratan de explicar la gobernanza como problema ambiental:

En primer lugar, la visión pluralista, su objetivo es verificar el proceso de formulación y eficacia de las políticas ambientales. Estas son resultado de diversos intereses competitivos en un contexto de recursos limitados, siendo función del Estado establecer los mecanismos objetivos para la toma de decisiones. Es clara que la centralidad de

esta visión parte del Estado, lo cual se traduce en incongruencias legislativas y administrativas, de las cuales los grupos de presión de carácter estático e inamovible se benefician, perjudicando el bien colectivo ambiente.

En segundo lugar, la posición bautizada como “captura por agencias” se caracteriza por funcionar en contextos donde el rol del Estado se repliega a una función mínima. El propósito que impulsa su actividad es la de ganar efectividad en la regulación por parte del Estado. Cuenta con el problema de sólo representar un interés sectorial no abierto a la diversificación, siendo sólo posible atender el desarrollo de las actividades productivas o industriales sin prevenir efectos negativos en el ambiente. La adopción de medidas de mitigación o adaptación son vistas como obstáculos para esta posición que defiende la no intromisión de la autoridad estatal en la actividad privada.

En tercer lugar, la postura de la modernización ecológica, se desarrolla en el contexto de sociedades altamente industrializadas. Se basa en y en llevar a cabo la implementación de técnicas científicas en las mejoras ambientales con el objetivo de promover la confianza en los denominados procesos de desarrollo productivo compatibles con el medio ambiente o también denominados “verdes”.

En cuarto lugar, se encuentra la posición de ecología política. Esta fundamenta y justifica el “ecocentrismo”, que se basa en la preponderancia del ambiente frente al ser humano, como parte integrante de la naturaleza. Propone sustituir el principio de desarrollo sustentable por uno que tenga como objetivo la justicia ambiental, basada en esa nueva relación.

En quinto lugar, “el ambientalismo global”, que consiste en una extensión de la política internacional llevada a cabo por ejemplo en la conferencia de naciones unidas sobre el medio ambiente, es decir instrumentos internacionales de política ambiental que hace comprometer a los Estados nacionales a llevar a cabo acciones concretas con objetivos ambientales concretos. De esa manera resulta necesario que los Estados naciones se fortalezcan frente a las decisiones que

emanan de los organismos transnacionales o internacionales. Ello es así en virtud de que es factible determinar la responsabilidad internacional de los Estados naciones ante los incumplimientos de los compromisos internacionales en materia ambiental.

La reforma constitucional de 1994 en Argentina, tuvo la importante visión de constitucionalizar el derecho al ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano en el artículo 41, estableciendo una serie de criterios que guían la política ambiental y deberes que el Estado está obligado a concretizar, entendiendo al medio ambiente como un todo integral. La Constitución ha dispuesto que la legislación infra constitucional sea de 2 tipos: el primer tipo se constituye por una ley de presupuestos mínimos ambientales dictada por el Congreso de la Nación y el segundo tipo leyes complementarias de los Estados subnacionales (provincias y ciudad autónoma de Buenos Aires) para complementar y extender la protección de las leyes nacionales.

\ 370

Así, en la búsqueda de la regulación de la gobernanza ambiental en nuestra legislación encontramos una aproximación en la regulación que la ley General del Ambiente N° 25.675 hace de la participación ciudadana en el artículo 19, caracterizándola como un derecho de toda persona a ser consultada y a opinar como afectado general o particular en aquello que puede afectar el medio ambiente. Sin embargo, esta regulación queda fuertemente limitada en el artículo 20, ya que ese derecho se desarrolla mediante audiencias públicas no vinculantes, es decir una mera consulta que queda satisfecha solo con su convocatoria.

Si comparamos con la legislación de Perú, analizada por Zea Concha (2022), textualmente dice que “el diseño y aplicación de las políticas públicas ambientales se rigen por el principio de gobernanza ambiental, que conduce a la armonización de las políticas, instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información de manera tal que sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos

y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia" (XI del título preliminar de la Ley No 28611 Ley general del ambiente, 2005)

De la breve comparación surge, que nuestro país no se legisla en materia de política ambiental nacional la recepción de la gobernanza ambiental como medio plural de toma de decisiones. Serán los municipios, los entes estatales y autónomos con aptitudes eficaces para regular jurídicamente este instituto ya sea de forma implícita o explícita.

Antecedentes

La Ciudad de Corrientes cuenta con más de 430 años de historia urbana que se ha ido materializando y desmaterializando a través del tiempo. A mediados del siglo XX surge en la Argentina como política de Estado enfocado en valores arquitectónicos e históricos la necesidad de preservar diferentes hitos, emblemas o edificios que eran compatibles con valores que se intentaban resguardar o preservar: primero los valores de los tiempos coloniales, luego los que representan el nacimiento del Estado Nación en el Siglo XIX y principios del XX para uniformar "la identidad nacional". Además, se van dando las primeras normas de planeamiento urbano que tiene por objetivo establecer el ordenamiento territorial de la ciudad, sus actividades, su morfología y tipología, entre las cuales se menciona la Ordenanza 1071/78 – Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Corrientes-. El ordenamiento del territorio es un proceso político, técnico y administrativo, cuyo objetivo es la gestión ambiental y el desarrollo urbano. Es decir organizar y administrar la ocupación y uso del espacio para prever las consecuencias de las actividades socioeconómicas. Asimismo, el ordenamiento territorial es una función pública, que puede y debe apoyarse sobre instrumentos jurídicos, sobre acciones administrativas de principios de planificación y participación con carácter pluridisciplinario (cita en Massaris Cabeza, 2002).

Hay una práctica legislativa consistente, de impacto urbano y ambiental, por la cual las personas humanas o jurídicas que se encuentran en la norma urbana un impedimento de viabilizar un proyecto inmobiliario porque su obra proyectada supera el límite en altura permitido en el centro histórico de la Ciudad por ejemplo, o por que lleva adelante un loteo de menor superficie al exigido en la zona periurbana donde se pretende desarrollar, o ya sea que una persona pretende subdividir un inmueble heredado y por la zona donde se ubica no reúne las dimensiones mínimas para ser aprobada y continue su trámite registral, por lo tanto no pueden obtener el permiso correspondiente por vía administrativa, solicitan al Concejo Deliberante (es decir el Departamento Legislativo de la Municipalidad) el otorgamiento del uso de suelo conforme mediante una ordenanza por vía de excepción para que, a través de esas verdaderas leyes particulares, el legislativo municipal exceptúe parcial o totalmente de las disposiciones del Código de Planeamiento Urbano y otras ordenanzas aplicable solo para una persona en particular, de acuerdo a las circunstancias que así lo ameritan y según la voluntad de dicho órgano.

Todas estas situaciones son disímiles, pero tienen en común la iniciativa privada en el procedimiento legislativo, cuyo criterio de admisión puede ser variable.

Marco teórico

En ese sentido cabe preguntarse: ¿Cuál es la relación entre el accionar descrito anteriormente como trámite legislativo y la gobernanza ambiental deliberativa?

El proceso de investigación parte del análisis de las Teorías de la Democracia:

Este principio surge con la revolución Norteamericana y el proceso constituyente en Estados Unidos, influenciado principalmente por los Federalistas (Madison, Jay y Hamilton), con la férrea defensa

del principio de representación política como elemento vital para la realización del sistema político que proponen, en oposición a la democracia directa. Asimismo, sólo conciben como inclusivo de principios republicanos, es decir con mecanismos que tiendan a distribuir y controlar el ejercicio del poder. En este sentido los representantes electos debían tomar decisiones políticas reflejadas en la voluntad Popular de cuya elección resultan excluyéndose de aquellas consideraciones lo atinente a la discreción de sus propias motivaciones. Un ejemplo de ello es el sistema de frenos y contrapesos dispuesto en el sistema presidencialista para evitar excesos y arbitrariedades en el ejercicio del poder político. un sistema presidencialista cuya característica fundamental reside en la división del poder político en las ramas del poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial, cuya interacción está determinado por lo que K. Loewenstein denominó control inter órganos

Este modelo, combinaba la pretensión de elegir mediante elecciones objetivas y periódicas a los integrantes de la sociedad más preparados para la realización del quehacer político. “Para Madison, el efecto de la delegación del poder en los representantes sería el de refinir y ampliar las opiniones públicas pasándolas por la deliberación en el parlamento. Creía que la gran ventaja de la representación era que, mediante la capacidad de discutir y deliberar los asuntos públicos, los representantes podían alejarse de consideraciones parciales y facciosas y adoptar las mejores decisiones en favor del interés común (El Federalista, núm. 10).”(Baños, 2006)

Así, la propia dinámica del ejercicio del poder en el seno del poder legislativo, por ejemplo, tendería a actuar como una suerte de compensación a las iniciativas que la mayoría política emprendiera. Esta dinámica política entre mayorías y minorías se caracteriza por la posibilidad de deliberación, discordancias, concesiones y acuerdos, que finalizan con la toma de decisión política respaldada por la norma constitucional.

El modelo de la Democracia liberal, así concebido, trajo con el correr del tiempo inconvenientes en su aplicación. Uno de los problemas que traía consigo era la de asegurar el gobierno de las élites, ya que no concebía en su origen la participación universal de los ciudadanos. Durante finales del siglo XIX y todo el siglo XX, surge y se consolida la institución intermedia entre los órganos de poder y los ciudadanos denominados partidos políticos. Estas asociaciones tendrán como objetivo principal la de postular candidatos a cargos electivos y la de canalizar las demandas sociales, económicas, políticas e ideológicas de una sociedad en constante cambio.

Con la irrupción del sistema de partidos políticos y la universalidad del sufragio se pone en marcha dentro de los contextos de los gobiernos democráticos una etapa de masiva participación.

La evolución de la democracia representativa y republicana se caracteriza entonces por el principio mediante el cual el pueblo, sujeto conformado por pluralidad de individuos que reúnen ciertas condiciones exigidas por la ley como edad y nacionalidad para conformar el cuerpo electoral, sin distinción arbitraria alguna que impida la participación motivados en raza, religión, etnia, o condición social, Lleva a cabo el ejercicio de la voluntad general mediante el ejercicio del sufragio en elecciones libres y disputadas, en las cuales las asociaciones políticas postulan candidatos con pretensiones de ser electos a las diferentes ramas del gobierno. El gobierno surgido de este sistema político encuentra sus competencias, atribuciones y límites en la Constitución, Norma suprema que impide el ejercicio arbitrario de la voluntad política del gobierno.

El surgimiento de la teoría de la democracia participativa, a través de autores como Held (2001) Pateman (1970), responde a la idea de que los ciudadanos puedan intervenir en alguna toma de decisión que antes solo quedaba reservada para los representantes políticos. Para esta corriente teórica los ciudadanos deben ser tomados en cuenta e incluidos en las decisiones políticas que los afectan. “Debido a ello, los demócratas participativos rechazan entender la

política como una cuestión de intereses y consideran que los partidos no deben secuestrar la política.”(Baños, 2006)

Esta forma de concebir a la democracia se sustenta en que todos los ciudadanos podemos ser capaces de decidir acerca de problemas de la propia comunidad. entienden que contribuye a la educación cívica enseñando a conocer los problemas sociales y a reflexionar hasta a llegar a soluciones por medio de la deliberación

Esta corriente piensa que tienen un rol fundamental las asociaciones civiles no políticas que promueven la participación directa e intermedian entre las comunidades y los gobiernos

Esta forma supone un coto relevante a la democracia representativa, ya que considera que la decisión política tomada desde una identidad político partidaria puede ser a priori contrario a los intereses de la sociedad, y por lo tanto pregonar porque sea la propia sociedad quien discuta y resuelva acerca de los problemas que la aquejan. Un ejemplo de ello han sido los instrumentos como el presupuesto participativo en el ámbito de las ciudades y los municipios.

Los teóricos de la democracia deliberativa proponen una complementación a la teoría de la Democracia representativa republicana. La pretensión de esta corriente teórica consiste en que en las decisiones adoptadas por los representantes políticos para ser legítimas deben desarrollarse en procesos deliberativos concomitantes con la opinión pública. La idea de democracia para esta perspectiva coincide con la configuración de una sociedad pluralista y diversa determinada por redes de asociaciones que reflejan y representan las diferentes voces de la sociedad (Gutmann, 2004; Habermas, 1998; Cohen, 1997). “El derecho en la democracia liberal, más que ser antidemocrático, vendría a constituir una serie de derechos e instituciones que pueden ser instrumentalizados con el fin de ser un complejo de relaciones para determinar la forma en la que los ciudadanos se autogobiernan.” (Baños, 2006)

Así, Habermas presenta una teoría de los procedimientos e instituciones de la democracia liberal en un sentido más activo, haciendo

explícita la manera en la que pueden instrumentalizar los derechos y las instituciones democráticas, junto con el espacio público y la esfera de opinión pública.

En la teoría la democracia deliberativa coincide con la democracia representativa y republicana el origen del gobierno, es decir mediante elecciones libres y disputadas por parte de los partidos políticos, División y distribución del poder, mecanismos de controles inter órganos o intraó órganos. “Sin embargo, la posibilidad de accionar los derechos y de “actuar concertadamente” en el espacio público teniendo resonancia en las deliberaciones de los partidos, los parlamentos y las instituciones democráticas es lo que permite que éstas no se autonomicen y que permanezcan sensibles a la sociedad.” (Baños, 2006)

Métodos, técnicas y actividades

\ 376

A partir del presente trabajo se busca determinar las operaciones de **construcción jurídica**, para luego identificar en las ordenanzas de excepción que operaciones han sido empleadas. La **construcción jurídica** consiste en “obtener del texto (normativo) normas no expresadas -llamadas “implícitas” (Guastini, 2015) y puede tener, no de forma excluyente, las siguientes operaciones: (1) la construcción de lagunas (normativas y axiológicas); (2) la construcción de jerarquías axiológicas; (3) la construcción de excepciones implícitas; y sobre todo (4) la construcción de normas implícitas.

La presente investigación es cualitativa y exploratoria, con método de estudio de casos. Para ello se seleccionan para analizar las Ordenanzas 6789, 7129, 7134 y 7303. El criterio de selección de casos obedece a la adopción del mismo trámite legislativo aplicado en diferentes situaciones. Se busca analizar las operaciones de construcción normativa utilizadas para atender a la solicitud de excepción que en cada caso demande y su justificación.

Fuente de datos empleado: Se obtienen datos desde la revisión de las Ordenanzas 6789, 7129, 7134 y 7303 y su análisis y del estudio de casos planteado, estableciendo como unidad de análisis el grado de intervención de los interesados en el trámite legislativo y si importa una modalidad de gobernanza ambiental.

Resultados

El análisis de las construcciones jurídicas de las Ordenanzas 6789, 7129, 7134 y 7303, tiene coincidencias y diferencias entre ellas. Las coincidencias principales son (ver figura 1): el hecho de que una persona humana o jurídica, por impulso propio, solicite la excepción a lo dispuesto en la norma urbanística. También coinciden el trámite que se le imprime a la solicitud: la autoridad administrativa urbanística rechaza la solicitud aplicando la norma vigente y el Departamento Legislativo Municipal procede en cada caso a aprobar por vía de excepción esa solicitud.

Las diferencias consisten entonces en las construcciones jurídicas implícitas o explícitas que moldean en casos proceden este tipo de solicitudes.

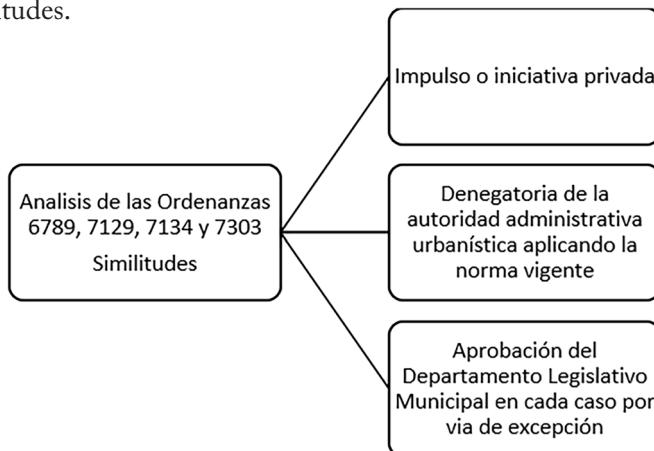


Figura 1. Fuente de elaboración propia.

Veamos cada situación planteada por cada Ordenanza (ver síntesis en Figura 2):

1. Ordenanza 6789, en ella se plantea la situación de un propietario que solicita la subdivisión de un inmueble, que, por la zona en donde se emplaza las dimensiones resultantes de la subdivisión no se subsumen en el mínimo requerido por la norma urbanística para autorizar dicho acto. La autoridad administrativa rechaza la solicitud aplicando el código de planeamiento urbano. El concejo deliberante aprueba la solicitud de su división por vía de excepción. La construcción jurídica de norma no expresada consiste en la aplicación analógica de otras situaciones ubicadas en la misma zona a las cuales se otorgó la misma excepción.
2. Ordenanza 7129, en ella se plantea que el propietario de un establecimiento de nocturnidad solicita la habilitación del mismo con ese carácter, aumentando que el inmueble se encuentra a 20 m de la zona donde está permitido el desarrollo de la actividad. Ello fue rechazado por la autoridad administrativa en razón de que en la zona donde se emplaza no está permitido el uso de establecimientos de nocturnidad. La solicitud es rechazada por la autoridad administrativa aplicando la norma. El concejo deliberante aprueba la solicitud de habilitación por vía de excepción. La construcción jurídica de la norma no expresada consiste en establecer un criterio de razonable marcación para determinar la habilitación de una actividad lucrativa.
3. Ordenanza 7134, en ella se plantea la solicitud de una compañía telefónica respecto de la renovación del permiso de instalación de una antena en un sitio no permitido por la norma urbanística. La autoridad administrativa rechaza la solicitud del permiso en virtud de que se emplaza en un sitio no habilitado su uso para estos fines. El concejo deliberante otorga el permiso por vía de excepción. La construcción jurídica de

la norma no expresada es permitir su habilitación por un propósito de bien común, por ejemplo mejorar la conectividad de los usuarios del servicio de telefonía celular.

4. Ordenanza 7309, en ella se plantea la solicitud de un propietario de subdivisión de un inmueble transmitido por sucesión, pero las dimensiones resultantes de la misma no cumplen con la superficie mínima que la norma habilita para esa zona de la ciudad. La autoridad administrativa no autoriza la solicitud en razón de la aplicación del código de planeamiento. Se otorga el permiso de subdivisión por excepción. La construcción jurídica de la norma no expresada es permitir la subdivisión de bienes hereditarios, no constituyendo un obstáculo el de requesito mínimo establecido por la norma urbanística.

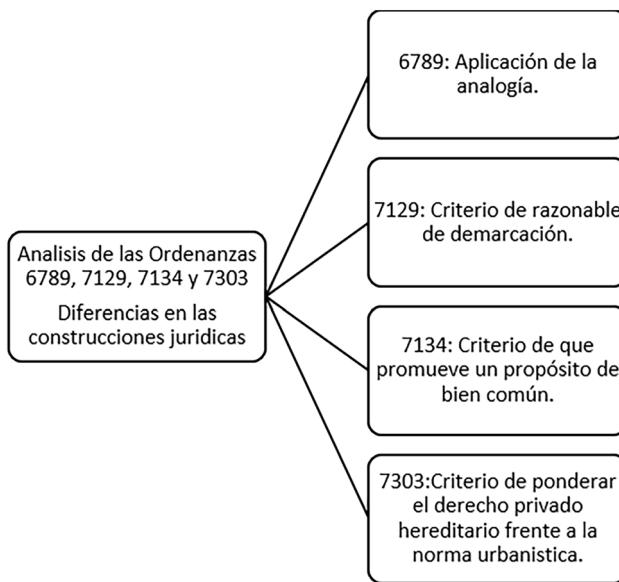


Figura 2. Fuente de elaboración propia

Del cotejo de los anteriores resultados con la perspectiva teórica propuesta puedo concluir que, si bien en una primera aproximación puede aparecer la visión pluralista de la gobernanza cuyo objetivo es verificar el proceso de formulación y eficacia de las políticas ambientales donde el Estado tiene un rol intervencionista, cuando se estudia en profundidad no se halla en los casos analizados una recepción de la gobernanza ambiental de manera implícita o explícita, ya que no hay instancia alguna donde los involucrados particulares sean parte de la toma de decisión en la regulación normativa. Constituye solo una confirmación del principio representativo vigente en el sistema democrático vigente, a través de la regulación del caso particular en vez de regular situaciones generales.

Bibliografía

- Alfie Cohen, M., (2013). Democracia deliberativa y gobernanza ambiental: ¿conceptos transversales de una nueva democracia ecológica?. *Sociológica*, 29(80),73-122.[fecha de Consulta 9 de Diciembre de 2023]. ISSN: 0187-0173. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305029973003>
- Baños, J., (2006). Teorías de la democracia: debates actuales. *Andamios*, 2(4),35-58.[fecha de Consulta 27 de Abril de 2023]. ISSN: 1870-0063. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=62820402>
- Carrazo, E. (2008). Esquemas de Zonificación Ambiental para la Planificación Regional Urbana. *Revista Geográfica de América Central* (41). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=451744659003>

- Flores Aguilar, Adrián, Aguilar Robledo, Miguel, Reyes Hernández, Humberto, & Guzmán Chávez, Mauricio Genet. (2018). Gobernanza ambiental y pagos por servicios ambientales en América Latina. *Sociedad y ambiente*, (16), 7-31. Recuperado en 09 de diciembre de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-65762018000100007&lng=es&tlng=es.
- Guastini, Riccardo. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, (43), 11-48. Recuperado en 02 de agosto de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182015000200002&lng=es&tlng=es.
- Hamilton, A, Madison J. Jay, J (2015) *El Federalista*, (Blanch, D, Maiz,R trad.) Tres Cantos, España, Ed. Akial. Obra original publicada en 1787.
- Issa Gutiérrez, A., & Morales-Pinzón, T. (2017). Evaluación De La Gobernanza Ambiental Local En Risaralda. *Revista Luna Azul*, (45),309-328.[fecha de Consulta 29 de Septiembre de 2023]. ISSN: . Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321753629016>
- Lizama Poblete, N., (2017). La gobernanza ambiental transfronteriza como perspectiva para estudiar la conflictividad socioambiental en torno a la minería en zona de frontera. *Revista Iberoamericana de Viticultura, Agroindustria y Ruralidad*, 4(11),52-73.[fecha de Consulta 9 de Diciembre de 2023]. ISSN: . Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=469550538004>
- Loewenstein, K.(1983). *Teoría de la Constitución*. (Siebeck,P. trad.) Barcelona. España. Ed. Ariel. Obra original publicada en 1957.
- Massiris Cabeza, A. (2002). Ordenación del Territorio en América Latina. *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, VI (125) 136. Recuperado de <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-125.htm>
- Ojeda Leal, C. (2014) Paisaje cultural y patrimonio: fragilidad paisajística como propuesta de análisis del patrimonio y el paisaje. *Urbano N° 30*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19836174008>

Rivera, P. (2020). Una breve aproximación a la Gobernanza Ambiental como eje de la Sustentabilidad. Meio Ambiente. (Brasil), v.2, n.5, p.118-127. [fecha de Consulta 9 de Diciembre de 2023] ISSN: 2675-3065. Recuperado de: <https://meioambientebrasil.com.br/index.php/MABRA/article/download/127/79>

Solé, J. (2008), El derecho a la ciudad: elementos para superar la gestión neoliberal del espacio público, Recuperado de http://observatoridesc.org/sites/default/files/dchociudad_JuliPonce_Curso_sp.pdf

Trippelli, Adriana, (2008), La protección internacional del ambiente en el siglo XXI – Hacia un derecho internacional del desarrollo-, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis.

Zea Concha, J. S., (2022). La importancia de los Principios del Derecho Ambiental en la Política Ambiental Municipal. Revista de Derecho, 7(1),153-164.[fecha de Consulta 9 de Diciembre de 2023]. ISSN: 2313-6944. Recuperado de: https://www.redalyc.org/articulo_oa?id=671870939006

La libertad, el libre desarrollo
de la personalidad y
la disponibilidad del bien
jurídico como garante
del derecho a la elección del
propio plan de vida

| Quinteros, Pampliega Gonzalo |

La libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la disponibilidad del bien jurídico como garante del derecho a la elección del propio plan de vida

Introducción

El derecho a morir con dignidad, es la prerrogativa que deben tener los individuos, para decidir su propio plan de vida, o sea poder decir cuándo y en qué circunstancias morir.

\ 384

La eutanasia activa directa, es el tema de interés social y científico, que aún no se ha resuelto. Con este artículo científico pretendo establecer el debate científico sobre el acceso a la muerte digna. Piénsese verbigracia en los casos de personas libres, capaces, que desean acogerse a la eutanasia activa directa, ya sea para evitar dolores físicos insopportables por padecer una enfermedad terminal o no terminal, o simplemente porque consideran que su vida es indigna, es decir no concuerda con el propio plan de vida elegido.

¿Cuál sería la situación de esas personas? Teniendo presente que no está permitido la práctica eutanásica en su modalidad de eutanasia activa directa.

¿Deberían optar por recurrir al suicidio? Puede ser una opción, pero estarían corriendo el riesgo de que el suicidio sea más doloroso que la propia eutanasia, con lo cual se desnaturaliza el concepto de muerte placentera. Otra opción, podría ser, que el paciente que desea acceder a la muerte digna, le solicitara a un médico que le recete varias pastillas para dormir, con la finalidad de ingerirla todas y pro-

ducir su propia muerte, pero el médico estaría cometiendo el delito de ayuda al suicidio, tipificado en el Código Penal Argentino.

La acción de dar muerte por el médico a petición expresa del paciente, como es sabido, está tipificada como conducta típica, antiju-rídica y culpable en el artículo 79 del Código Penal, siempre que no concurre alguna agravante del tipo, en ese caso la conducta punible se agravaría. Esta situación me hace replantear la situación jurídica de la Eutanasia Activa Directa en la República Argentina.

Comencé a investigar el tema en profundidad, empezando por analizar la libertad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de la voluntad del paciente, la libre disposición del bien jurídico.

Como situación fáctica el caso de Ramón Sampedro, me cautivo, porque creo firmemente que es el punto de partida, como para sentar las bases y reglamentar el derecho a morir con dignidad, para que las personas que así lo deseen, lo puedan ejercer libremente.

385 /

Estado del conocimiento

Debemos partir del concepto del derecho a la libertad, para poder determinar el acceso a la muerte digna.

La libertad, según Isaiah Berlin, tiene dos conceptos de libertad, se lo puede definir en sentido positivo y en sentido negativo. La libertad, en sentido positivo, según Berlin, se refiere a la coacción, es decir, supone la interferencia deliberada de otras personas en un contexto determinado en el que si esta no se diera yo actuaría. Se puede concluir que existirá un mínimo de libertad para cada persona, para que puedan elegir su propio plan de vida (Berlin, 2014, p. 60).

Esta es la definición positiva de la libertad, básicamente es estar libre para elegir como desarrollar su propio plan de vida, de modo que no podría ser legítimo una norma jurídica que no permita a cada individuo escoger su propio plan de vida (Barreto Nova, 2019, p. 46).

La libertad, en sentido negativo, sucede cuando no hay elementos para que pueda desenvolverse según mis deseos. La libertad en sentido negativo, para Berlin, es no impedir que cada persona pueda elegir su forma de vida (Berlin, 2014, p. 60).

Es justamente esta libertad que concede a cada persona, según sus deseos, poder elegir su plan de vida (Barreto Nova, 2019, p. 46).

Ahora, que ya definimos el concepto de libertad según Berlin, repasamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Rememorando al Dr. Héctor Gros Espiell, los derechos implícitos, es decir el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tienen su origen en la concepción iusnaturalista del derecho. Son derechos inherentes, propios a la persona humana, y por lo tanto son anteriores al Estado. Gros Espiell destaca la importancia de reconocer estos derechos no enumerados o implícitos, y de garantizarlos en las constituciones democráticas (Gros Espiell, 1999, p. 208-242).

Con esto podemos entrarnos a la concepción del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

\ 386
El libre desarrollo de la personalidad constituye un derecho, definido por Anabella Del Morral Ferrer, en el cual se les concede a las personas la posibilidad de disponer de su propio plan de vida (Del Moral Ferrer, 2012, p. 63).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra entre los derechos fundamentales, y tiene como objetivo principal amparar la esfera vital de las personas, es decir permitir la proyección del plan de vida, sin interferencias de terceros (Del Moral Ferrer, 2012, p. 64).

Para concluir, es importante diferenciar el principio de autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El principio de autodeterminación tiene como objetivo la igualdad, mientras que el libre desarrollo de la personalidad tiene como objetivo la libertad (Barreto Nova, 2019, p. 52).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es aquel derecho que tiene en su núcleo el valor de la libertad y protege la autonomía de la persona para la realización de

un proyecto de vida. En vista de lo anterior, implica el reconocimiento de otros derechos no expresos constitucionalmente o cualquier conducta o permiso para actuar dentro de su espacio vital, con el cual, las personas se sienten identificados y permitan ser reconocidas dentro de la sociedad sin que lo anterior tenga el carácter de un derecho absoluto, pues este derecho, encuentra sus límites en el orden público y el ejercicio de los derechos de las demás personas, a la vez que las protege de injerencias arbitrarias por parte del Estado sin que medie una causa justificada o bien para que proteja un fin constitucionalmente válido. Por ende, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no es una creación jurisprudencial, sino que emana del valor de la libertad presente en la Constitución. Por lo que se considera una fase superlativa de la libertad personal. (Barreto Nova, 2019, p. 63-64)

387 /

Es correcto, expresar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es un derecho fundamental que protege al individuo, otorgando a la persona libertad, en el que puede escoger para sí mismo, y sin interferencias de terceros ni del Estado, su propio plan de vida (Del Moral Ferrer, 2012, p. 68).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad concede lo necesario para que las personas ejercent su propia libertad, a través de la elección de planes de vida, teniendo como único límite el derecho de los otros individuos (Del Moral Ferrer, 2012, p. 70).

La noción de autonomía se refiere a la capacidad de proponerse fines y tomar decisiones racionales con el objetivo de alcanzarlas. Entendida como un derecho, supone la capacidad del individuo a decidir cómo quiere vivir la propia vida y cómo tomar ciertas decisiones ante situaciones críticas (Rivera, 2013, p. 95).

Ahora, respecto a la disponibilidad de los bienes jurídicos, debemos tener presente, que el bien jurídico “vida”, es disponible por su

titular, siempre y cuando no afecte a terceros. Con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la disponibilidad del bien jurídico, podemos plantear una conducta no contraria a derecho, como es la práctica eutanasica, en su modalidad de eutanasia activa directa.

Perspectiva teórica

El problema que investigo pretende responder si se podrá acceder a la muerte digna a través de la eutanasia activa directa en la República Argentina, respetando el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de la voluntad, y la disponibilidad del bien jurídico tutelado vida.

Hasta la elaboración y presentación de este artículo científico, en diciembre de 2023, en la República Argentina, la eutanasia activa directa no está regulada como derecho para acceder a la muerte digna.

Analizando el derecho al libre desarrollo de la personalidad, conjuntamente con la autonomía de la voluntad y la disponibilidad del bien jurídico protegido. Se puede concluir que una adecuada interpretación al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se podrá garantizar la elección del plan vida adecuado para cada persona.

Esta investigación se llevó a cabo, a través del análisis de fuentes documentales, que serán detalladas específicamente en la referencia bibliográfica.

El enfoque metodológico utilizado corresponde al análisis de diversos artículos científicos.

Con la presentación de este artículo científico pretendo fundamentar el derecho a elegir el plan de vida adecuado y así poder acceder a una muerte digna.

Conclusiones del trabajo

Con la presente investigación pretendo fundamentar la libre elección de los planes de vida de los individuos, aunque esa elección sea la de decidir cuándo y cómo acceder a la muerte digna. Esto es posible a través de una interpretación respetuosa de los derechos fundamentales. En los artículos 19 y 33 de la Constitución Nacional Argentina se reconoce el derecho a la libertad, es decir, a elegir libremente el plan de vida adecuado para cada persona, con el único límite de no violar el orden público, la moral, o los derechos de terceros. Dejando establecido que los derechos nos enumerados por la Constitución Nacional, no serán entendidos como no reconocidos por ella (derecho al libre desarrollo de la personalidad). Ya que los derechos no enumerados nacen de la soberanía del pueblo.

El derecho al acceso a la muerte digna a través de la Eutanasia Activa Directa, sería respetuosa de los derechos individuales, como el respeto a la propia determinación de la persona, al libre desarrollo de la personalidad, y como si fuera poco el derecho a la Libertad. Además, alentaría a la donación de órganos, ya que, al realizarse la práctica eutanásica, también se podría donar los órganos vitales.

Para el supuesto hipotético que la práctica eutanásica, no contribuya a la donación de órganos, de igual manera se estaría respetando la voluntad de las personas, habría un respeto a la autonomía personal y la elección del propio plan de vida. –

389 /

Marco teórico

La realización de la práctica de la eutanasia activa directa, es un hecho atípico, sin consecuencias jurídicas para el médico que la realiza, porque el sujeto pasivo-paciente le otorga el consentimiento pleno, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad (Caro John, 2023, p. 32-33).

Es de suma importancia, que se resalte el valor de la autorización del paciente, como un consentimiento que exime de responsabilidad al médico que realiza la práctica eutanásica, siempre que lo realice respetando la *lex artis*. Esa aquiescencia para poner fin a su propia vida, en concordancia con la dignidad de la persona humana (Caro John, 2023, p. 33).

La regulación de la muerte digna, no se trata de legitimar cualquier acción que lleve a la muerte de la persona. Por el contrario, es más bien respetar una decisión autónoma, libre y sin injerencias de terceros (Caro John, 2023, p. 33).

Gómez Sancho (2010) refiere a la importancia de vivir dignamente hasta el último momento. Ello requiere la consideración del enfermo como ser humano hasta el momento de la muerte, el respeto a sus creencias y valores, así como su participación en la toma de decisiones mediante una relación cercana y sincera con el equipo asistencial (p. 179).

Actualmente, existen diversos países en los que se legisla a favor de la eutanasia, buen morir o suicidio asistido: Suiza (1977); Holanda (2001); Bélgica (2002); Canadá (2014); los estados de los Estados Unidos también legislaron sobre eutanasia, como Oregón (1994), Washington (2008) y California (2015); México (2008); Uruguay (2009); y Colombia (2015).

En la Argentina, la Eutanasia Activa Directa está tipificada en el Código Penal, por lo tanto, el médico que causare la muerte a una persona, aún con el consentimiento expreso por escrito del paciente, comete el delito de homicidio, “al que matare a otro” reza el artículo 79. El suicidio asistido, por su parte se encuentra directamente penado en el art. 83.

“Resulta inhumano prolongar la existencia de un paciente terminal, cuando éste ya no desea continuarla y una inyección pondría fin a su lamentable estado, sin dolor” (Gálvez, 2013, p.4).

La libertad es un derecho del hombre que no debe ser restringido si no se produce un conflicto con los derechos de los demás. El poner fin a la vida por sí mismo o con ayuda de terceros, en caso de una enfermedad terminal, hace al derecho a la libertad, sin que pueda demostrarse la existencia de conflicto alguno con el derecho de los demás. (Gálvez, 2013, p.4)

La dignidad humana tiene un cierto razonamiento a favor sobre la disponibilidad del bien jurídico, y específicamente sobre la eficacia desincriminante del consentimiento. Es importante para sustentar la potestad que tiene cada persona para decidir el plan de vida que deseé para sí mismo (Ackermann – Donoso, 2018, p. 43).

De esta forma, la disponibilidad de bienes jurídicos se concreta como la siguiente garantía: “la vida es una serie de actos de disposición de bienes jurídicos, de los que disponemos para lograr los fines que individualmente consideramos valiosos y que se orientan a la realización de nuestra autonomía” (Ackermann – Donoso, 2018, p. 44).

Me adhiero al principio del daño o Harm Principle de John Stuart Mill (teoría sustantiva), porque es la que permite que los individuos puedan realizar determinadas conductas, siempre y cuando no perjudiquen a terceros. Dicho de otra manera, es la que podría adecuarse en una correcta práctica de la eutanasia activa directa, sin que el médico interviniente sea perseguido judicialmente por sus acciones.

Mi posición concuerda con la teoría del liberalismo clásico, porque es la que mejor se adecúa a mi investigación, garantizando un ámbito de libertad para con los individuos. Donde los ciudadanos puedan ejercer libremente sus derechos fundamentales (derecho a elegir libremente el plan de vida) sin ser menoscabados por los límites del Estado paternalista intervencionista.

John Stuart Mill

Fue un filósofo británico, uno de los pensadores más sobresalientes en la historia del liberalismo clásico.

En su obra más destacada “Sobre la libertad/ El utilitarismo”, Mill expone sus ideas fundamentales sobre los límites de la libertad del individuo y la sociedad, concibió la libertad como justificación de la libertad del individuo en oposición al control estatal y social ilimitado.

John Stuart Mill afirma que la sociedad no puede obligar a una persona a realizar una determinada conducta. Es decir, la conducta individual únicamente debe ser controlada cuando perjudica a terceros, pero no a sí mismo.

El principio de la libertad humana requiere la libertad de gustos y de inclinaciones, la libertad de organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en tanto que no los perjudiquemos, e incluso, aunque ellos pudieran encontrar nuestra conducta disparatada, perversa o errónea. (Stuart Mill, 2014, p. 21)

Mill expresa concretamente hasta dónde debe llegar la libertad del individuo, el denominado Harm Principle (teoría sustantiva) o principio del daño, establece que las acciones de los individuos deben limitarse solo para evitar daños a terceros.

Es decir, que el individuo es responsable ante la sociedad, solo cuando se perjudica a terceros.

En lo que respecta al propio cuerpo de la persona, sobre sus decisiones, que se refieren a él solamente, el individuo tiene potestad suficiente para decidir sobre sí mismo.

El Utilitarismo (teoría general), es la obra más destacada de John Stuart Mill, es una corriente de pensamiento que surgió en la figura

de Jeremy Bentham y de James Mill, padre de John Stuart Mill.

Como se puede inferir, la teoría del liberalismo plantea la idea de libertad, en una de sus facetas entendida como libertad personal. Donde los individuos que deseen acogerse a un plan de vida determinado, de acuerdo a las circunstancias de cada uno, se podrá auto-determinar el propio plan de vida, y así poder acceder a una muerte digna.

Mediante el utilitarismo, de John Stuart Mill, pretendo justificar el acceso a la muerte digna. –

Metodología

El tipo de investigación utilizado en el presente trabajo es la investigación cualitativa, utilizando el método analítico, donde se pretende explicar la valoración de la libertad del hombre en relación con la elección del propio plan de vida, de donde se podrá inferir el derecho de cada individuo a morir con dignidad.

En cuanto al nivel de investigación es de carácter descriptiva y explicativa documental. Debido a que se recurrirá a fuentes documentales primarias que proporcionen los datos necesarios para describir el fenómeno de la Eutanasia Activa Directa, con una revisión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de la voluntad, la libre disposición del bien jurídico VIDA. Relacionando con el análisis del artículo 19 y 33 de la Constitución Nacional Argentina. –

Referencias Bibliográficas

Ackermann Hormazábal, I. E. y Ovalle Donoso, M. F. (2018). *LA DISPONIBILIDAD EN LOS BIENES JURÍDICOS*. Revista de Ciencias Sociales – Número 72 (2018) – Universidad de Valparaíso – ISSN 0716-7725 – Valparaíso, Chile.

Barreto Nova, O (2019). *EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, ANÁLISIS Y PROPUESTAS DE CONCEPTO*. Jurídica Ibero (ISSN 2594-2654), Vol. 5, Núm. 9 (2020), pp. 41-65

<http://ri.ibero.mx/handle/ibero/5161>

Berlin, I. (2014). *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*. 2^a edición, traducción de Ángel Rivero, Madrid, Alianza.

Caro John, J. A. (2023). *La muerte digna como componente de un derecho a vivir en dignidad. Argumentos a favor de la despenalización de la eutanasia*. Revista de Derecho Penal y Criminología, vol. 44, n^a. 117 (julio-diciembre de 2023): 31-52.

Del Morral Ferrer, A. (2012). *El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Cuestiones Jurídicas, vol. VI, núm. 2, julio-diciembre de 2012. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

Gálvez, M. (2013). *EUTANASIA*. Revista de la Universidad de Mendoza – Número 19/22.

Gómez Sancho, M. (2009). *Atención médica al final de la vida. Conceptos. Revista de la Sociedad Española del Dolor.* 2010; Vol. 17 N^a3. Madrid, 177-179

Gros Espiell, H. (2000). *Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 (c) de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.* Número 4 (2000) <https://recyt.fecyt.es/index.php/AJJC/article/view/50225>

Mill, J. S. (2014). *Sobre la libertad/ El utilitarismo.* Claridad.

Rivera López, E. (2003). *EUTANASIA Y AUTONOMÍA.*

<https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/07/eutanasia-yautonomia.pdf>

Acerca de los criterios para la determinación de una justa composición de los derechos e intereses de las partes, en los acuerdos conciliatorios laborales de carácter administrativo

I Repetto, Francisco Nicolás I

Acerca de los criterios para la determinación de una justa composición de los derechos e intereses de las partes, en los acuerdos conciliatorios laborales de carácter administrativo

Introducción

En el presente trabajo, se abordará uno de los temas mas controversiales que persisten en los acuerdos conciliatorios laborales. La determinación de si se logra con ellos, una justa composición de los derechos e intereses de las partes, que permite liberarlos y encontrar una solución justa, al problema que convoca a las partes.

Sabido es, que las relaciones de trabajo, contratos de trabajo, no siempre se desarrollan, en un marco de legalidad, de legalidad completa y en ocasiones, de absoluta ilegalidad y clandestinidad.

El trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes, reza nuestra manda fundamental en su art. 14 Bis. Es por ello que el universo de posibilidades a la que alude la citada norma, permite que ninguna forma de trabajo, quede excluida ni fuera del amparo del derecho.

Las relaciones que no se desarrollan conforme a derecho, deben ser las que mayor atención merezcan, no solo en su desarrollo, sino al momento de su disolución.

El problema se genera, cuando estas relaciones, no registradas, deficientemente registradas o incluso registradas, pero de manera incorrecta, se disuelven.

La ley de contrato de trabajo, sentencia: “habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física, trabajador, se obligue a prestar tareas, ejecutar obras o prestar servicios, para otra, que puede ser física o jurídica, mediante el pago de una remuneración”.

La norma fundamental del trabajo, nos garantiza, que cualquiera sea la forma o la denominación que revista el contrato de trabajo o la relación de trabajo, estará protegida por este ordenamiento jurídico.

La ruptura de estas relaciones de trabajo, sobre todo, como se dijera, las que no se desarrollan en un marco de legalidad absoluta, y que su demostración pudiera resultar incierta ante un reclamo futuro, pueden ser dirimidas por medio del mecanismo de la conciliación laboral.

La conciliación en el ámbito laboral, como medio alternativo de resolución de conflictos, permitirá a las partes, a través del mecanismo de la negociación, poder realizarse concesiones recíprocas, que les asegure una solución querida por ambas y que les garantice celeridad y seguridad jurídica.

La celeridad estará garantizada, en tanto los organismos administrativos donde se desarrolla la conciliación laboral, propician la celebración de las audiencias conciliatorias en el menor tiempo posible, en cambio, la seguridad jurídica, estará dada por la homologación del acuerdo que surja de la negociación de ambas partes y que se denomina acuerdo transaccional.

La transacción, permitirá a las partes, crear un nuevo contrato, el cual, debido a las concesiones recíprocas que se hicieron las partes, reflejará sus apetencias y el sometimiento a sus voluntades para la resolución del conflicto que surge de la ruptura de la relación laboral que los ligaba.

Ese nuevo contrato transaccional, gozará de seguridad jurídica, a través del mecanismo de la homologación del acto administrativo que le otorga eficacia y validez por emanar de la autoridad administrativa competente.

La homologación administrativa, tendrá el efecto de la cosa juzgada administrativa, en tanto no sea impugnada y hayan transcurrido los plazos para poder hacerlo.

Ahora bien, dicha homologación, conforme establece la ley de contrato de trabajo, se hará siempre que se verifique, que las partes hayan logrado una justa composición de sus derechos e intereses. Es aquí donde radica la incógnita, cuando existe esa justa composición de derechos e intereses, y cuando no existe. Si el acuerdo transaccional, conciliatorio y liberatorio, surge de la voluntad de las partes, basta para el homologador, para entender que ha existido una justa composición de derechos e intereses entre los que celebraron el acto, o deberá someterlo a un control más exhaustivo conforme a la ley y verificar que se cumplan determinados requisitos jurídicos, que impliquen que tal circunstancia tuvo lugar.

Determinar que criterios se deben tener en cuenta para entender que, en el acuerdo transaccional, conciliatorio y liberatorio, al que alude el art. 15 de la ley de contrato de trabajo, ha existido una justa composición de los derechos e intereses de las partes, genera el inconveniente que pretendemos atender.

En el presente trabajo, se pretenderá hacer una descripción de los acuerdos conciliatorios celebrados en sede administrativa y poder describir las características y las condiciones que han permitido su homologación. Esto nos permitirá construir criterios a los cuales se podría someter el acuerdo conciliatorio, para verificar si se verifican aquellos requisitos, que permite comprobar que las partes han logrado una justa composición de sus derechos e intereses, y en consecuencia, sugerir su homologación.

Estado del conocimiento - Planteamiento del problema de investigación

La disolución de un contrato de trabajo¹ puede verse comprometida por las condiciones en las que se genera. Así como también, por todas aquellas circunstancias que acompañan a dicho distracto y que merecen ser contempladas al momento de celebrar un acuerdo conciliatorio, en la búsqueda de la satisfacción de los derechos e intereses de las partes.

Por ello, resulta necesario establecer una separación, entre el acto que disuelve el contrato de trabajo y el que extingue las obligaciones laborales que surgen del mismo.

En ocasiones, se plantean dificultades en torno al resarcimiento de dichas obligaciones. Es allí donde la justa composición de los derechos e intereses de las partes ejerce un rol fundamental, ya que determinará la posibilidad de que los acuerdos conciliatorios sean homologados² o no, brindando seguridad jurídica a las partes intervinientes.

\ 400

1. Debemos tener presente la noción que nos acerca el art. 21 de la Ley de Contrato de trabajo en cuanto define al contrato de trabajo, como: *"Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sujetas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres."* RAFFAGHELLI, Luis. Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 Comentada por jueces y juezas del Trabajo, Tomo I. IJ Editores 2020.

2. La homologación es un acto administrativo bilateral de alcance general, destinado a reglar relaciones laborales obrero patronales de un grupo de trabajadores comprendidos en un determinado ámbito. Recuperado de. http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca880493-zamorano-homologacion_convenios_colectivos_trabajo.htm

Desde la doctrina, las nociones sobre la figura de la justa composición de los derechos e intereses de las partes, conlleva una marcada dificultad. Entendemos que resulta relevante aportar mayor claridad sobre qué elementos o qué cuestiones implica una justa composición en las conciliaciones laborales en sede administrativa, ya que ello resulta clave para garantizar la protección de los derechos laborales del trabajador.

Definir el contenido o implicancias de la justa composición en el contexto antes referido conlleva una tarea compleja, ya que las previsiones del art. 15 de la Ley de contrato de Trabajo, en adelante LCT, resultan imperativas para determinar la validez de los acuerdos conciliatorios laborales.

Horacio Vaccari (1997), sostiene que existen numerosas dificultades para determinar que se entiende por justa composición y que principalmente las soluciones que brindan los jueces, se basan en los elementos probatorios que suelen ser incompletos.

Liliana Picón (2009), señala, que la inclusión de los negocios liberatorios configura una excepción al principio de irrenunciabilidad del art. 12 de la LCT,³ ya que dicha renuncia refiere a un derecho cierto y existente, o por lo menos futuro, pero cierto y que no sea un derecho impugnado, porque nadie puede renunciar a una cosa cuya propiedad no le sea reconocida.⁴

Es por ello, que se pretende indagar bajo qué parámetros se logra

3. *Art. 12. Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.* RAFFAGHELLI, Luis. *Ley de Contrato de Trabajo Nº 20.744 Comentada por jueces y juezas del Trabajo, Tomo I.* IJ Editores 2020.

4. Picón, Liliana, en Maza, Miguel Ángel, *Régimen de Contrato de Trabajo Comentado*, citando a Fernández Madrid, Juan Carlos, pág. 270.

la justa composición de derechos e intereses de las partes, que arriban a un acuerdo transaccional y liberatorio, ante la autoridad administrativa del trabajo.

Acerca de la justa composición

Las desigualdades que crea ley de contrato de trabajo para intentar igualar a las partes, forman parte del carácter protectorio del derecho del trabajo, el cual regula, el hecho social del trabajo dependiente⁵.

La idea imperante de justicia, que guía el principio tuitivo del derecho del trabajo, radica en una justicia distributiva, que se vincula estrechamente con la noción de equidad, siendo estos los principales lineamientos de la justicia social que persiguen las sociedades democráticas modernas.⁶

En este orden de ideas, lo que el art. 15 de la LCT⁷, en su primer párrafo requiere, es que se haya logrado una justa composición de derechos e intereses de las partes, verificada tal circunstancia se procederá a la homologación judicial o administrativa. ⁷ Producida

\ 402

5. Krotoschin, Ernesto. Manual de Derecho del Trabajo. Depalma, Buenos Aires 1972.

6. Ackerman, Mario E, Maza, Miguel A. Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ⁷ Debemos mencionar al Art. 15 LCT, el cual en la parte que a efectos de este trabajo nos interesa, expresa: *Acuerdos transaccionales conciliatorios o liberatorios. Su validez. “Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios sólo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediare resolución fundada de cualquiera de ésta que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes...” RAFFAGHELLI, Luis. Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 Comentada por jueces y juezas del Trabajo, Tomo I. IJ Editores 2020.*

7. Vázquez Vialard, Antonio Ley de Contrato de Trabajo Comentada y concordada.

la homologación, el acto, en las condiciones que se expusieron en la conciliación, pasará en autoridad de cosa juzgada, por lo que no podrá ser cuestionado posteriormente en sede judicial.⁸

Podríamos entonces mencionar, que delimitar preceptos acerca de si existe una justa composición no es tarea fácil, toda vez que se tendrán en cuenta determinadas circunstancias que deberán estar estrictamente relacionadas con la forma en que se desarrolló la relación laboral y su disolución.

Conciliación y transacción laboral

Conforme lo mencionado anteriormente, debemos tener presente que es a través de un procedimiento de conciliación, que las partes pretenden alcanzar la justa composición de derechos e intereses, en virtud del conflicto que ventilan ante la autoridad administrativa del trabajo.

403 /

Corresponde así, conceptualizar a la conciliación.

Conforme Dowhaluk (2012), la conciliación es un método, medio técnica o procedimiento alternativo de solución o composición de conflictos, cuyo fin es evitar o poner fin a un proceso judicial (carácter instrumental de la conciliación). Como tal es una mera actividad que no se confunde con su resultado o producto que, en caso de avenencia, puede consistir en una transacción. (p.47).

Por su parte para referirnos a la transacción, debemos remitirnos al CCyC, donde en su art. 1641 versa: “La transacción es un contrato

8. LAFALCE, ANGEL Y OTROS c/ CASA ENRIQUE SCHUSTER S.A. s/ ANTIGÜEDADLEY 14455 PLENARIO 29 de Septiembre de 1970 Nro. Interno: 0000000137 AL 1971000150 DT 1970000718 ED 34 0000000078 JA 8 1970000487 LL 140 0000000287 LT 1971000184CAMARA NACIONAL DE APPELACIONES DEL TRABAJO. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones reciprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.”

Parte de la doctrina entiende, que la conciliación constituiría un medio para llegar a una transacción, como efecto de dicho procedimiento de resolución alternativa del conflicto.⁹

De otro modo, hay quienes sostienen que la conciliación puede consistir tanto en allanamiento a la pretensión como la renuncia a la misma, en tanto para que exista transacción es necesario que medien concesiones reciprocas, de modo que entre ellas habría una relación de género (conciliación) a especie (transacción).¹⁰

Dowhaluk (2012), añade que la disolución del vínculo laboral, no extingue los derechos y obligaciones de las partes, sino que atañe a las pretensiones materiales o procesales del empleado, según haya reconocimiento o no de dicho objeto por parte del empleador.

Si retomamos la condición de la homologación administrativa o judicial, el autor remarca que los requisitos refieren a:

En primer término, en relación a la forma, puesto que la ley exige –además de la presencia personal del trabajador con asistencia letrada- la intervención de la autoridad judicial o administrativa competente, y el derecho, de parte de cualquiera de ellas, de una resolución fundada de naturaleza jurisdiccional (...) que constate la existencia de una justa composición de derechos.

En ese orden de ideas, la justa composición para este autor, se halla vinculada con la relativa equivalencia en la concesión entre ambas partes involucradas, equivalencia a validar por la exigencia

\ 404

9. Saad de Bianciotti, Carla. (2005). Conciliación laboral como medio de resolución de conflictos. *Gaceta Laboral*, 11(3),

303-315. Recuperado en 21 de noviembre de 2023, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S131585972005000300001&lng=es&ctlng=es.

10. Capón Filas, Rodolfo E, Derecho del Trabajo. Tomo I.

que en el ámbito laboral suponen los derechos irrenunciables. De ello se colige, que la determinación de la justa composición solo se basa en las pretensiones del trabajador como resarcimiento en dicho conflicto, y no necesariamente se sostiene por la equidad y protección de los derechos laborales.

Se puede indicar al respecto, que el trabajador puede acordar un resarcimiento económico en desconocimiento de los derechos que le son amparados, y ante ello, será la función del juez o funcionario administrativo, indicar esa igualdad o no entre las partes, no sólo para evitar la trasgresión de las normas laborales, sino como aval general y público de los derechos irrenunciables.

Es decir que, determinada la justa composición en estos casos, se reafirma la protección y garantía a los mismos, sentando precedente.

Frente a esta concepción de que la autonomía y voluntad del trabajador, dispone lo que es justo Dowhaluk (2012) igualmente aclara que la finalidad de la justa composición debe ser mantener el orden público, para lo que la participación del juez o funcionario administrativo es fundamental:

Finalmente, la única manera que tiene el juzgante de valorar que con el acuerdo no se prive al trabajador de un derecho que la ley declara irrenunciable es, justamente, contando con todos los elementos de juicio necesarios para emitir una resolución judicial válida (fundada) —en la especie, el susodicho dictamen pericial—, porque, al menos que sepamos, no existen jueces adivinos y están obligados a dar en sus sentencias razones suficientes de sus decisiones.

En otro orden de ideas, Maza (2011) considera que la justa composición resulta difícilmente establecida, esto es que la decisión del juez no puede ser exacta y lo justo en la cosa juzgada no es certero. Esta dificultad se basa en la falta de reglamentos que detallen cual es la justa composición de derechos e intereses de las partes, consignando lo siguiente al respecto:

(...) No hay reglas protocolizadas en esta materia y la norma ha dado un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad que interviene para decidir si el acuerdo luce o aparenta ser justo -en rigor,

no hay manera de que lo sepa con exactitud- según su experiencia y datos adicionales como los mencionados. Si la autoridad considera que el convenio reúne tales recaudos puede homologarlo, y con ello, por imperio de la ley, le da fuerza de cosa juzgada. El reclamo no podrá volver a plantearse y el pacto es ejecutable como si fuera una sentencia. En cambio, si la autoridad interviniente estimare que el acuerdo no es equitativo, denegará la homologación, sin necesidad de expresar más que la opinión de que no lo juzga como una justa composición de los derechos e intereses de las partes (...) (p. 180).

En ese mismo orden de ideas, Ávila Ricci (2013), destaca que la justa composición es considerada mediante el análisis de los elementos del acuerdo como ser: la verosimilitud del reclamo, su viabilidad en cuanto a las pruebas que se presentan, los precedentes judiciales y el tiempo estimado de duración del pleito.

Maza (2011) distingue los mismos factores, a lo que Ávila Ricci, (2013) agrega que el proceso de determinación de estos elementos, y —el juicio sobre la —justa composición no es un proceso intelectual fútil ni sencillo, ya que en muchos casos quien debe cumplirlo no cuenta con elementos suficientes para advertir si el derecho o su posible prueba son o no dudosos.

Ávila Ricci, (2013), a su vez detalla que los acuerdos resueltos mediante proporciones dispuestas acorde a la suma requerida, no son fundamentación de justa composición; sino que remite a una práctica expeditiva de homologación en la que la transacción se estipula según un porcentaje, pero no considerando la violación de derechos e intereses, sino la rapidez resolutiva del pleito.

Como corolario de ello, la homologación resulta factible cuando las autoridades en cualquiera de las dos jurisdicciones, donde se pueda ventilar el conflicto, en el área administrativa o en la judicial, deciden que existe justa composición de los derechos e intereses y, que no se vulneran derechos irrenunciables del trabajador o bien, se mantiene el orden público.

Se debe constatar que todos los elementos de la disputa, se encuentren explicitados, puesto que cualquier factor externo que no se halle

conformando la causa, será considerado para dar nulidad a la homologación. Este requisito se relaciona directamente con la presunción de mantener la buena fe en cualquier acuerdo extintivo laboral.

De Fazio (2018), sostiene, que es importante tener presente, que no todo objeto de negociación puede ser objeto de litigio y por ello, un litigio debe reunir diferentes elementos probatorios, como los que precisaba Ávila Ricci (2013), mencionada anteriormente.

Marco Teórico

Se deberá partir del análisis de diferentes institutos para el desarrollo del presente estudio, ellos radican en las nociones generales acerca del poder tutiivo del derecho del trabajo, el principio protectorio y de los lineamientos que propone el derecho laboral, para considerar que el trabajador se encuentra protegido y sus derechos resguardados.

407 /

El trabajo y el contrato de Trabajo

Conforme lo establece el art. 4 de la ley de Contrato de Trabajo, Nº 20744: “Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración”.

En el mismo orden de ideas, el cuerpo normativo del trabajo en su art. 21 dispone: “Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.”

Y como corolario de la actividad que realiza el trabajador, conforme lo establece el art. 4, el art. 22, define a la relación de trabajo, diciendo: “Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen”.

Las partes intervinientes en la relación de trabajo

De acuerdo al lineamiento que venimos siguiendo, resulta también necesario, determinar quiénes son las partes involucradas en el contrato, o en la relación de trabajo.

Es por ello que la propia norma del trabajo sostiene en su art. 25, que: “Se considera “trabajador”, a los fines de esta ley, a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de la prestación.” Y seguidamente expone en art. 26 que: “Se considera “empleador” a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador.”

En relación a lo que el art. 21 de la LCT, estable en su expresión …”y bajo la dependencia de esta…”, resulta necesario delimitar, cuando se configura la relación de dependencia a la que alude el citado artículo.

Siguiendo al maestro Grisolía (2016), podemos mencionar la relación de dependencia entre empleador y trabajador no es un vínculo de superior a inferior en dignidad -no hay una subordinación servil- sino que se trata de trabajo dirigido: el trabajador está bajo la dependencia o dirección del empleador (cumple horarios, recibe órdenes, etc.).

Una vez determinados los conceptos a los cuales nos acerca la ley de Contrato de Trabajo, debemos analizar los diferentes supuestos que configurarán el marco referencial para nuestro trabajo.

El principio protectorio

Conforme lo enseña Grisolía (2016) es considerado - junto con el principio de irrenunciabilidad- el más importante. Tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana.

Consiste en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros, sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos.

Puede analizarse desde dos aspectos. Por un lado, como una directiva al legislador para que adopte las técnicas necesarias para cumplir con el art. 14 bis en cuanto consagra que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...”. Por otro lado, como una directiva dirigida al juez para interpretar la norma laboral respetando las fuentes y los principios propios.

El principio protectorio se manifiesta en tres reglas: a) el in dubio pro operario, b) la regla de la norma mas favorable y c) la regla de la condición mas beneficiosa. (p. 64).

409 /

El principio de irrenunciabilidad

El principio de irrenunciabilidad constituye uno de los instrumentos destinados a evitar que el trabajador, forzado por una situación social y económicamente desventajosa frente a su empleador, acepte estipulaciones que impliquen renuncias y, para ello, excluye la validez de toda convención de parte que suprima o reduzca los derechos previstos en las normas legales, estatutos profesionales o convenciones colectivas. (p. 66).

Como enseña Grisolía (2016), hay distintas teorías que pretenden fundamentar la existencia del principio de irrenunciabilidad; sin entrar en disquisiciones doctrinales, cabe afirmar que se basa en la imperatividad de muchas de las normas laborales y, concretamente, en el orden público laboral que no puede ser vulnerado: no cabe disminuir ni anular los beneficios establecidos en dichas normas. En ese orden de ideas, es que el principio de irrenunciabilidad implica, la imposibilidad jurídica que le asiste al trabajador, de privarse libre y voluntariamente de determinadas ventajas que le concede el derecho del trabajo en su beneficio.

Acerca de la idea de lo justo en los acuerdos laborales

En este sentido seguiremos la idea de justicia que nos acerca Jonh Rawls con su teoría.

\ 4^{to}

La teoría de la justicia de John Rawls es una teoría ética y política que busca establecer los principios que deberían guiar la distribución de los derechos y deberes fundamentales en una sociedad justa.

La teoría de Rawls se expone principalmente en su obra “Una teoría de la justicia”, publicada en 1971. Aunque Rawls se centra en cuestiones de justicia social y política, su enfoque puede animar vinculaciones que resultan provechosas para la conciliación en el ámbito laboral.

La teoría de Rawls propone dos principios fundamentales de justicia:

En principio, sostiene que cada persona debe tener un derecho igual al conjunto más extenso de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertades para todos.

Siguiendo a este autor, entendemos que este permite la existencia de desigualdades sociales y económicas, siempre que estas beneficien a los menos favorecidos en la sociedad. En relación con el derecho del trabajo y al principio protectorio, se verifica su inclinación a la

protección de la parte con menos ventajas en la relación laboral, en este caso, el trabajador.

Las desigualdades deben estar vinculadas a ocupaciones y posiciones que estén abiertas para todos, bajo condiciones de igualdad de oportunidades, es por ello que la ley de contrato de trabajo, crea desigualdades, para tratar de equiparar a las partes, donde el trabajador, se encuentra en una relación de hiposuficiencia, conforme lo refiere Capón Filas (1976).

En el contexto de la conciliación laboral, la teoría de Rawls podría aplicarse siguiendo el siguiente esquema, donde se verifiquen determinadas circunstancias.

Que exista igualdad de derechos en el proceso de la conciliación, donde todas las partes involucradas tengan el mismo derecho al debido proceso y a la oportunidad de presentar sus argumentos y preocupaciones. Esto respeta el principio de igualdad básica de derechos entre las partes involucradas.

Que se preste especial consideración, a las necesidades de los menos favorecidos, en situaciones laborales donde hay desigualdades de poder o recursos entre empleadores y trabajadores, la conciliación podría buscar soluciones que beneficien a los trabajadores, especialmente aquellos en posiciones más vulnerables. Esta circunstancia se relaciona directamente con lo que implica el principio de diferencia de Rawls.

Continuando con lo que propone este autor en su teoría, se puede entender, que al igual que el principio de oportunidades, la conciliación laboral debería esforzarse por brindar a todas las partes igualdad de oportunidades para participar en el proceso de negociación y buscar soluciones, respetando así las libertades fundamentales, tanto de trabajadores como empleadores, garantizando que no se encuentren vulnerados los derechos de ninguna de las partes.

En ese orden de ideas, la teoría de la justicia de John Rawls ofrece un marco conceptual para evaluar la justicia en las relaciones del trabajado y, por consiguiente, en los procesos de conciliación laboral. Al

considerar los principios rawlsianos, se busca establecer un equilibrio justo entre los derechos e intereses de las partes, asegurando que las desigualdades sean justificadas y que el proceso de conciliación respete los principios fundamentales de igualdad y libertad.

Conclusiones

La justa composición de los derechos e intereses de las partes en los acuerdos conciliatorios laborales es esencial para lograr una solución equitativa y sostenible a las disputas laborales. La conciliación como proceso alternativo de resolución de conflictos en el cual un tercero imparcial, el conciliador, facilita la comunicación entre las partes en conflicto para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable, debe garantizar, que las soluciones allí arribadas, puedan ser seguras y otorgue al acuerdo, la eficacia que permita que el conflicto se solucione, a la vez que los derechos del trabajador y el empleador, no se hallen vulnerados.

Algunas de las consideraciones que se deben tener en cuenta para lograr una justa composición en los acuerdos conciliatorios laborales son:

El acuerdo debe buscar un equilibrio justo entre los derechos e intereses de los trabajadores y empleadores. Ambas partes deben sentir que se les ha tratado de manera justa y que se han tenido en cuenta sus proposiciones.

Todas las partes deben tener acceso a la información relevante y comprender completamente los términos del acuerdo. La transparencia contribuye a la confianza mutua y a la viabilidad a largo plazo del acuerdo, evitando instancias de impugnación de lo allí resuelto.

Es fundamental que ambas partes participen activamente en el proceso de conciliación y la negociación. Esto implica escuchar y comprender las preocupaciones de la otra parte, así como trabajar de manera conjunta para encontrar soluciones que beneficien a ambas partes.

El acuerdo conciliatorio debe estar en conformidad con las leyes laborales y normativas aplicables. Esto asegura que los derechos fundamentales de los trabajadores y las obligaciones de los empleadores se respeten adecuadamente y no se vean vulnerados o menoscabados.

En la instancia de la conciliación, la flexibilidad es clave para adaptarse a las necesidades y circunstancias cambiantes de ambas partes. Los acuerdos deben ser lo suficientemente flexibles como para acomodar cambios en las condiciones laborales.

La justa composición implica la creación de acuerdos que sean sostenibles a largo plazo. Esto conlleva a la consideración de factores a largo plazo y la prevención de disputas futuras similares.

Antes de finalizar un acuerdo conciliatorio, es importante que todas las partes lo revisen detenidamente y den su consentimiento informado. Cada parte debe comprender completamente los términos y las implicaciones del acuerdo.

La justa composición de los derechos e intereses de las partes en acuerdos conciliatorios laborales requiere un enfoque equitativo, transparente, participativo y legalmente sólido. Este proceso busca no solo resolver la disputa inmediata, sino también establecer las bases para una relación laboral positiva a largo plazo.

Se debe tener en cuenta las circunstancias y el contexto laboral específico al evaluar la justicia del acuerdo, reconociendo las peculiaridades de cada caso en particular, atendiendo siempre a las necesidades e intereses de ambas partes.

413 /

Metodología

En este trabajo, se indagará acerca de las implicancias de la justa composición en la homologación de los acuerdos laborales celebrados a través de los mecanismos de conciliación laboral en sede administrativa. Para ello, circunscribiremos nuestro análisis a los acuerdos laborales celebrados ante la autoridad administrativa del trabajo de

Corrientes durante los años 2021, 22 y 23, a efectos de examinar cuales han sido los criterios concretos utilizados en la praxis de nuestro foro respecto a este punto y a partir de ello, construir los criterios que se deberían tener en cuenta para verificar si existe una justa composición de los derechos e intereses de las partes, en los acuerdos conciliatorios laborales ante la autoridad administrativa.

En el presente trabajo se hará un estudio descriptivo y explicativo, por medio del cual se buscará establecer, bajo que parámetros o estándares, la autoridad administrativa del trabajo considera que se ha producido una justa composición de los derechos e intereses de las partes. Ello, con el objeto de salvaguardar los derechos de los trabajadores, que, a través de la conciliación, pretenden poner fin a su conflicto laboral.

El proceso de investigación se desarrollará a través de la recolección de datos, obtenidos de la lectura de los expedientes administrativos sobre acuerdos conciliatorios laborales ante la Secretaría de Trabajo.

El análisis de los expedientes administrativos, nos permitirá describir cada caso en particular y verificar, bajo que parámetros han sido homologados. De acuerdo a ello, se podrá establecer bajo qué criterios fueron resueltos cada uno de los casos en particular.

También se analizarán expedientes judiciales donde se hayan homologado acuerdos conciliatorios arribados antes de dar inicio a un proceso de conclusión incierta y de probanzas, que pueden ser valoradas, según el caso, a favor o en contra de la pretensión del actor. Ello, con la finalidad de contrastar las características de similares resoluciones en circunstancias análogas, pero tramitadas en instancias diferentes.

En ese orden de ideas se pretende arribar a conclusiones que determinen cuales son los criterios adoptados, por la autoridad administrativa del trabajo, para configurar la justa composición de derechos e intereses de las partes, a la que alude el art. 15 de la LCT.

El período que se analizará corresponde a los últimos tres años, 2021, 22, 23, para establecer un recorte temporal que permita un análisis de mayor cantidad de casos.

Del estudio y análisis de los diferentes expedientes administrativos, se podrá elaborar categorías de casos que dieron lugar a acuerdos conciliatorios laborales y determinar bajo qué parámetros o qué criterios se deben tener en cuenta al momento de celebrarlos, ante la autoridad administrativa del trabajo.

Bibliografía

415 /

- Ackerman, M. E. (2022). *Ley de Contrato de Trabajo comentada*. 3º edición actualizada. Editorial Rubinzal – Culzoni.
- Ávila Ricci, C. (2013). *La autocomposición en materia laboral. Opinión sobre Justicia*. Escuela de la Magistratura Poder Judicial de Salta. Recuperado de: www.escuelamagistratura.gov.ar/opinion-justicia-salta.php?IdOpinion=51
- Capón Filas, R (1976) *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Editorial Plataense S.R.L.
- De Fazio, F. (2018). *La homologación de acuerdos laborales conciliatorios*. Revista Asociación de abogados y abogadas laboralistas. Recuperado de: www.laboralistas.net/articulo_revista/la-homologacion-de-acuerdos-laboralesconciliatorios/

- Dowhaluk, C. S. (2017). *Acuerdos Extintivos Laborales*. Extinción del contrato de trabajo y de las obligaciones laborales por mutuo acuerdo de las partes. Editorial García Alonso.
- Grisolía, J. A. (2017). *Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2º edición actualizada y ampliada. Buenos Aires Editorial La Ley.
- Maza, M. A. (2011). *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*. 2º edición. Editorial Rubinzel – Culzoni.
- Krotoschin, E (1972) *Manual de Derecho del Trabajo*. Editorial De-palma,
- Rawls, J. (2012). *La Teoría de la Justicia*. Trad. de María Dolores González. México Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Raffaghelli, L (2020) *Ley de Contrato de Trabajo Nº 20.744 Comentada por jueces y juezas del Trabajo*, Tomo I. IJ Editores.
- Saad de Bianciotti, Carla. (2005). Conciliación laboral como medio de resolución de conflictos. *Gaceta Laboral* , 11(3), 303-315. Recuperado en 21 de noviembre de 2023, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S131585972005000300001&lng=es&tlng=es.
- Vaccari, H. (1997). *Algo más sobre el artículo 15 L.C.T.* Revista online Microjuris.com.

Nociones introductorias a los fenómenos de larga duración en argentina y en el derecho comparado

1. Introducción e importancia de su estudio

Los contratos de larga duración son cada vez más comunes en diversos sectores, como la distribución, la construcción, la energía, las concesiones, las locaciones, etc.

Es así que en los propios Fundamentos del Anteproyecto de lo que fuera el actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante CCyC) señalan que la temática referida a los “Contratos de larga duración” es “novedosa y controvertida”, y explican que el CCyC busca apartarse del modelo contractual “clásico” en el cual las partes “negocian y fijan las reglas de modo definitivo” y en el que la reciprocidad o comutatividad contractual es “comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra”. En cambio, según tales Fundamentos, ese concepto “no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el sinalagma original”, por lo que en los contratos de larga duración es preciso tener una “comprensión dinámica”.

Se crea así una categoría de “contratos de larga duración”, sujeta a esta regla específica, que no reconoce antecedentes en los anteriores proyectos de reforma del código.

La duración de las relaciones jurídicas es un fenómeno difundido en la actualidad. A modo de ejemplo, podemos denotar que relaciones que en otros tiempos eran instantáneas, se alargan en el tiempo: así, la adquisición de bienes industriales, de bienes de consumo, los círculos de ahorro para fines de terminados, etc., se materializan a través de distintos contratos como ser: leasing, locación, concesión, suministro, agencia, etc., sujetando el pago a un plazo que se proyectará por varios años; lo que transforma progresivamente una causa de cambio en una en una finalidad rentística de larga duración.

Estos vínculos de larga duración que plantean muchos desafíos, que involucran tanto el precio, como las prestaciones de hacer, de dar y el plazo, y sobre todo, la conmutatividad del negocio.

419 /

2. Reciprocidad dinámica en los contratos de larga duración

La noción de “conmutatividad” o “reciprocidad” (como lo establece el actual artículo 1011, parr. 2), es comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra. Este concepto no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el signalagma original.

Para precisar la cuestión, conviene indicar que el objeto del contrato, concebido como la operación jurídica considerada por las partes, puede prever una operación temporalmente extensa que requiere, de una comprensión dinámica. Las modificaciones no se producen en el objeto del contrato, que sigue siendo la misma operación, ni tampoco se alteran las obligaciones de dar una suma de dinero, de dar una

cosa o de hacer, de prestar un servicio, porque estas son definidas en el momento genético¹.

Los cambios se producen en el objeto de las obligaciones, es decir, en las prestaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda; los medios que se usan para cumplir con servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos; el producto puede estar inserto en un contrato de provisión continua y requerir actualizaciones. Sin embargo, lo notable, es que los cambios en las prestaciones se reflejan en la ecuación de equilibrio e impactan en la comprensión del objeto.

En los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato.

La relación mencionada no es estática sino dinámica; es típicamente relacional. En un contrato de ejecución instantánea o de duración breve, estarnos frente a conceptos nítidos: entregar un inmueble, pagar una suma de dinero a treinta días. Si las partes decidieron que era un buen negocio hacerlo, no es necesario hacer nada más. En cambio, suministrar bienes a una empresa durante cinco años, o prestar servicios educativos, o pagar un círculo de ahorro para comprar un automóvil en cincuenta cuotas no es un concepto nítido ni es estático, porque los bienes a suministrar sufrirán cambios tecnológicos, porque los contenidos educativos mudarán, y porque habrá nuevos modelos de automóviles que sustituirán al previsto al suscribir el contrato de ahorro. La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la commutatividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.

1. RICARDO LUIS LORENZETTI, Teoría Sistémica del Contrato, Trabajo dedicado al Prof. Clóvis do Couto Silva, pág. 40

En el derecho anglosajón se ha desarrollado la teoría de los contratos relacionales, que se refiere a dos fenómenos simultáneos: los vínculos de larga duración y las redes contractuales. La teoría contractual debe modificarse para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economía actual y tener en cuenta que estos vínculos se hacen con perspectiva de futuro.

La teoría clásica contempla al contrato como algo aislado y discontinuo, con un objeto definido que hace “presente” lo que las partes harán en el futuro (por ejemplo, comprar y vender una cosa).

El contrato actual, en cambio, presenta un objeto materialmente vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino que la misma se torna determinable.

Resumiendo: se destaca al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos. En tal caso estimamos que resulta necesario ampliar el campo de aplicación de la dogmática civilista tradicional, trascender la bilateralidad, para ensayar una dogmática sistemática, que tenga por objeto de análisis el sistema de normas fundamentales, dando cabida así a la contemplación del supuesto de hecho bilateral y estructural.

421 /

3. Deber de renegociación frente a la rescisión contractual

El último párrafo del artículo 1011 establece una especie de “deber de renegociación” en la forma siguiente: “*La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena*

fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

El modo extintivo “rescisión” del que habla el artículo 1011 del CCyC, como disparador del “deber de renegociar”, a nuestro criterio solo se aplicaría a la rescisión unilateral (arts. 1077-1082). Esa rescisión unilateral puede estar prevista expresamente en el contrato de larga duración o bien estar implícita si el contrato no tiene plazo de duración o es por tiempo indeterminado. En este caso, cabe preguntarse ¿Quedarían ambos casos alcanzados por el “deber de dar oportunidad razonable de renegociar de buena fe”?

Por otra parte, si el contrato ha sido rescindido conforme a derecho, aunque sea unilateralmente, jurídicamente ya no existe. Si las partes desean celebrar un nuevo contrato tienen libertad para hacerlo. En otras palabras, si el contrato de larga duración se extingue lícitamente por el ejercicio de la facultad rescisoria unilateral, sea por estar pactada o por tratarse de un contrato sin plazo o por tiempo indeterminado, ¿cuál es el alcance del “deber de dar oportunidad razonable de renegociar de buena fe” a la otra parte? ¿Es algo más que el principio de “buena fe” y prohibición del “abuso del derecho” que trae el CCyC (arts. 9, 10, 11 y 961) que rige para todo el derecho privado o es, acaso, lo mismo?².

Los contornos de este deber de renegociación que consagra el actual artículo 1011, sin duda son imprecisos y parece que pueden sumar en la incertidumbre la extinción de numerosas relaciones contractuales.

Lo cierto es que el CCyC ya prevé reglas especiales para ciertos contratos especiales —que son de “larga duración”— como es el caso del contrato de agencia (art. 1492), del contrato de concesión y de distribución (art. 1508), y del contrato de franquicia (art. 1522), contemplando regímenes particulares de preaviso y de indemnización por omisión de preaviso.

2. El mismo art. 1011 aclara, innecesariamente, que no se debe incurrir “en ejercicio abusivo de los derechos”.

Entendemos, en cualquier caso, que este deber que parecería establecer el art. 1011 en los contratos de larga duración podría renunciarse a través de una cláusula expresa en que las partes así lo acuerden, puesto que no se trataría de una norma indisponible o de “orden público”.

Es sabido que cualquier normativa o cláusula que abra la puerta en forma indiscriminada a una “renegociación” del contrato, durante su desarrollo o en oportunidad de su extinción, disminuye la obligatoriedad de los compromisos contractuales con menoscabo para la seguridad jurídica³. En la medida que el contrato no sea ya ley para las partes, su efecto vinculante se debilita y esa debilidad puede ser empleada de modo oportunista por los operadores jurídicos, con un resultado desfavorable para la seguridad de las relaciones contractuales sobre las que se basa toda economía de mercado.

No debe dejarse de lado los fundamentos de la propuesta de reforma del código civil y comercial de la nación, que expresamente deroga el tercer párrafo del art. 1011 CCyC. El fundamento radica en que la redacción del tercer párrafo del 1011 impide a las partes el ejercicio del derecho de rescindir un contrato de larga duración, pues en todos los casos debería dar la oportunidad de renegociar.

La rescisión de cualquier contrato de larga duración es un derecho que no puede estar sujeto a la inexorable obligación de renegociar; la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que esos contratos pueden rescindirse dando un preaviso razonable siempre que la otra parte hubiera podido amortizar sus inversiones y obtener una razonable ganancia (caso Automóviles Saavedra). Asimismo, es el propio CCyC que prevé la cuestión al

423 /

3. Así lo han señalado diversos economistas, véase, por ejemplo, Bolton, Patrick, *Renegotiation and the Dynamics of Contract Design*, European Economic Review 34 (1990), págs. 303-310, y Fudenberg, Drew y Tirole, Jean, *Moral Hazard and Renegotiation in Agency Contracts*, Econometrica 58 (1990), págs. 1279-1319.

tratar el contrato de agencia cuyas disposiciones son aplicables a la distribución y la concesión en cuanto sean pertinentes.

De todos modos, cabe tener en cuenta que los contratos de duración son generalmente afectados por acontecimientos extraordinarios, hipótesis para la cual el mismo CCyC regula la revisión o resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.

En este sentido, entendemos que en un contrato de larga duración, las partes pueden pactar contractualmente mecanismos de ajuste de sus prestaciones⁴, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad.

4. Derecho Comparado

A modo de ampliar el análisis al derecho comparado, debemos mencionar que el código civil del Paraguay - (ley N° 1183/85)-, no regula esta modalidad contractual de larga duración, pero sí lo hace respecto a la llamada “teoría de la imprevisión” en su artículo N° 672.

En esta misma línea, podemos incorporar a la República Federativa del Brasil, que no legisla respecto al contrato de larga duración, pero sí lo hace respecto a la teoría de la imprevisión estableciendo textualmente en su Código Civil en el Art. 478.

Respecto a los códigos civiles de la República Oriental del Uruguay y de la República Bolivariana de Venezuela (actualmente suspendido en su condición de Estado Parte del MERCOSUR de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia.), éstos nada dicen en relación a los contratos de larga duración, así como tampoco respecto a la teoría de la imprevisión.

Respecto a este punto, nos parece interesante reflexionar acerca de la finalidad económico-social que ostenta el contrato de larga dura-

\ 4²⁴

4. Veáse Scott, Robert E., Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts, California Law Review 75 (1987), págs. 2005- 2054, y bibliografía allí citada

ción. Creemos que el mismo tiene como principal finalidad enmarcar vínculos jurídicos duraderos, facilitando de este modo las variaciones del objeto del contrato, priorizando en todo momento la relación vincular existente.

Dicho esto, creemos interesante considerar si estos vínculos sirven para potenciar a los agentes económicos radicados y pertenecientes a nuestro país, o bien si se busca ampliar y fortalecer jurídicamente a aquellos que interactúan en el ámbito del MERCOSUR y/o en toda Latinoamérica.

En este sentido, entendemos que la Argentina, al regular los contratos de larga duración, brinda a aquellos agentes económicos que interactúan en un gran sector de la economía una herramienta eficaz para resguardar y potenciar las relaciones jurídicas duraderas que tienen por finalidad el intercambio de bienes y servicios.

De esta manera nuestro país se posiciona a la vanguardia legislativa de los países integrantes del MERCOSUR.

Desde un punto de vista opuesto, podría preguntarse qué sentido tendría la regulación de estos contratos si en la legislación de los países que integran el MERCOSUR o bien países limítrofes no regulan el mismo. Ante un conflicto de leyes deberíamos recurrir al derecho internacional privado y en dicho caso nos encontraríamos en la situación de dirimir conflictos generados a partir de contratos de larga duración, teniendo que aplicar institutos o legislaciones que no son coincidentes o bien no existen.

Bibliografía

\ 426

- ALEGRÍA HÉCTOR y JORGE MOSSET ITURRASPE, Directores, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2016-3, Contratos, Parte General
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, Contratos, Civiles, Comerciales, de Consumo, Teoría General, Ed. Abeledo Perrot, año 2006
- APARICIO, JUAN MANUEL, Contratos, Parte General, Tomo I, 2da Edición, Ed. Hammurabi, año 2016
- BEHAR RIVERO, DANIEL, Metodología de la Investigación, Ed. Shalom, Año 2008.
- BORDA, ALEJANDRO, Derecho Civil, contratos, 1ra ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley 2016.
- BORDA, GUILLERMO. Tratado de Derecho Civil. Contratos 7ma. edic. actualizada, Abeledo Perrot
- CABANELAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO y SEREBRINSKY, DIEGO, Derecho de la Distribución Comercial, 1º edición, Ed. Thomson Reuters La Ley.
- COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS, Derecho y Economía, Primera edición electrónica 2016, Ed. Fondo de Cultura Económica.
- GHERSI, CARLOS y WEINGARTEN CECILIA, Consumidores y Usuarios: Como defender sus Derechos, Ed. Nova Tesis, año 2015

MOSET ITURRASPE, J. Contratos. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P., Tratado de los Contratos, Tomo I, Ed. La Ley, año 2017

LORENZETTI, RICARDO LUIS, Director, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Tomo V, año 2015

LORENZETTI, RICARDO LUIS, Tratado de los contratos Parte General. Rubinzal Culzoni, 3era Edición, ampliada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación, año 2018

RINESSI, A.J. Contratos. Mave. Corrientes

RIVERA JULIO CÉSAR, LUIS DANIEL CROVI Y DI CHIAZZA IVÁN G., Contratos, Parte General, Ed. Abeledo Perrot, año 2.017

RIVERA JULIO CÉSAR y GRACIELA MEDINA, Directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. La ley, Tomo III, año 2016

SAHIÁN, JOSÉ HUMBERTO, Dimensión Constitucional De La Tutela a Los Consumidores, Ed. La Ley, año 2018

STIGLITZ, GABRIEL y HERNÁNDEZ CARLOS A., Tratado de Derecho del Consumidor, Ed. La Ley, año 2015

Nociones introductorias a los fenómenos de larga duración en argentina y en el derecho comparado

I Trioni, Andrea Guadalupe I

La ponderación como solución de conflicto de derechos fundamentales entre un ambiente sano y el acceso a la vivienda digna

1. Introducción

La necesidad entre un derecho a un ambiente sano y la carencia habitacional de gran parte de la población supone generalmente un problema, un antagonismo entre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional Argentina y los Tratados Internacionales.

429 /

En ciertos casos nos encontrarnos frente a un conflicto, cuando el ejercicio de uno de ellos afecta o limita el ejercicio del otro, generando una situación que afecta a muchas personas y comunidades en Argentina.

Podemos decir entonces que se presenta un conflicto axiológico, entre el derecho a un Ambiente Sano de -carácter difuso, de defensa colectiva-, que prevalece ante otro derecho, el de una Vivienda Digna -de carácter subjetivo, de defensa individual-.

Ambos derechos encuentran resguardo en la Constitución Nacional, en el artículo 41 y 43 en lo que respecta al derecho al ambiente sano y el artículo 14 bis haciendo referencia al derecho a la vivienda digna. Siendo tratados además en varios tratados internacionales de raigambre constitucional. También así en diferentes leyes nacionales, provinciales y municipales.

En la jurisprudencia Argentina se utiliza el concepto de ponderación para resolver conflictos entre derechos fundamentales. La ponderación

implica un análisis detallado de los derechos en conflicto y la determinación de cuál de ellos debe prevalecer en un caso particular. La teoría de la proporcionalidad es una herramienta que se utiliza en este análisis para determinar si una restricción a un derecho fundamental es justificada y proporcionada, se compone de tres partes principales: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

Por lo que las dos se aplican conjuntamente en el análisis de conflictos de derechos fundamentales en Argentina.

Importancia académica y social:

En lo que respecta a la influencia social que deviene de este tema, es dable reconocer y destacar fundamentalmente la injusticia que se comete cuando por una ponderación inadecuada de los intérpretes que deciden, al tomar una postura y al sentenciar, ante conflictos que se suscitan entre derechos que gozan de igual jerarquía, anteponiendo un derecho sobre otro, lo que trae como consecuencia que personas de escasos recursos que viven por ejemplo en un barrio popular con protección legal tengan que emigrar, resignándose a vivir en condiciones que van más allá de lo aceptable.

Teniendo en cuenta la importancia académica que puede surgir de solucionar conflictos de derechos fundamentales, sería logrando establecer parámetros concretos de interpretación, normativizando categorías de ponderación -categorizando derechos fundamentales mediante parámetros comunes- para que puedan ser ponderados y evitar inequidades al momento de valorarlos y argumentar.

Estructura del trabajo:

El presente trabajo pretende abordar este tipo de situaciones, a las que se hará referencia como “conflictos de derechos fundamentales”, desde la perspectiva de análisis del no-positivismo jurídico metodológico. En este cometido, dicho tratamiento se dividirá en tres partes:

a) En primer lugar, y después de una introducción que intentará delimitar el objeto de estudio y los presupuestos metodológicos

del trabajo, se procederá a ofrecer una reconstrucción adecuada del tipo de problema a que nos enfrentamos al hablar de “conflictos de derechos fundamentales”. Para ello, presentare distintas posiciones doctrinales acerca de estos conflictos, para posteriormente analizarla, a fin de poder realizar una clasificación de los tipos de conflicto posibles.

b) En segundo término, haciendo referencia al estado del conocimiento, se analizan los mecanismos propuestos para hacer frente a estas situaciones, como ser la teoría de los principios, la distinción entre reglas y principios, destacando sobre todo a la “ponderación”, realizando un análisis conceptual y demostrando el procedimiento que se realiza. En este punto se evidencian distintas concepciones doctrinarias enfrentadas, y se hace referencia a la posición negadora de los conflictos de derechos fundamentales. Luego un análisis metodológico de la ponderación, de cómo se lleva a cabo y un análisis normativo de ésta, formulando una concepción acerca de cómo se debe ponderar, analizando el llamado “principio de proporcionalidad” y la formula del peso. Así también la racionalidad de la misma y su ubicación dentro del esquema metodológico de la argumentación jurídica y el papel que juega en la interpretación de los derechos fundamentales como parte integrante del principio de proporcionalidad,

c) Por último, luego de la elección del marco teórico mostrando la adhesión a una teoría sustantiva e identificando posición con alguna teoría general del derecho, explicaré la posible metodología, las técnicas de recolección de datos y las fuentes de investigación que se utilizarían (doctrina, legislación, jurisprudencia, documentos de derecho comparado, estadísticas, casos, observación, etc.) y una conclusión valorativa final que engloba el pensamiento respecto al trabajo en estudio.

2. Estado del conocimiento

La ponderación puede ser definida desde la metodología de la ciencia del Derecho, y muy especialmente desde la teoría de las normas jurídicas, como una forma básica de aplicación de normas, entendiendo que a través de ella se aplican los principios, mientras que a través de la subsunción se aplican las reglas.

Se debe observar, como indica Aharon Barak, (2017) “(...) que el ambiente jurídico no contiene solo a las disposiciones legales más cercanas, sino también los crecientes círculos concéntricos compuestos por los principios aceptados, por las finalidades básicas compartidas y por los criterios jurídicos fundamentales (...)” (pp. 97-98). La ponderación es, efectivamente, un criterio de diferenciación entre la categoría de los principios frente a la categoría de las reglas, entendidas ambas como tipos diferentes de normas jurídicas. La negación de la ponderación, la pretensión de resolver todos los casos sin acudir a los principios, entraña un posicionamiento iuspositivista formalista, que no repara en las razones que le son subyacentes a las reglas. La negación de la ponderación es equivalente a la negación del derecho como un sistema conformado por reglas y principios.

La ponderación se puede conceptualizar como una forma de pensar y de actuar ante contingencias decisorias complejas, las que admiten una pluralidad de soluciones plausibles. Esta semántica del término coincide con su acepción jurídica, ante una forma de decidir, que refleja la naturaleza polifacética del ser humano, de la sociedad en general y de la democracia en particular.

Como señalan distintos autores:

“(...) A nivel constitucional, la ponderación permite la existencia continua dentro de una democracia de principios o valores en conflicto, al tiempo que reconoce su inherente situación de conflicto constitucional. A nivel infraconstitucional, la ponderación proporciona una solución que

refleja los valores de la democracia y las limitaciones que la democracia impone al poder de la mayoría de restringir a los individuos y a las minorías que habitan en ella (...)" (Aharon Barak, 2017, p. 381).

y

Ponderar es poner en una balanza elementos en conflicto que, ilusoriamente proporcionados de masa, han de ceder a las leyes de la materia, sobreponiéndose uno sobre el otro como resultado lógico de su preeminencia corporal. En definitiva, se hace alusión a una forma de tomar decisiones definida por la imperatividad de sopesar razones que interactúan a favor y en contra de soluciones que normativamente cuentan con un nivel de estandarización, trastocado o desfigurado por un conflicto circunstancial, a la par que a la forma de fundamentar estas decisiones y los resultados que de ellas se segregan (Carlos Bernal Pulido, 2017, pp. 210-221).

433 /

Para comprender el término "principios", se debe considerar que su finalidad es el desarrollo, comprensión y mejora de las normas jurídicas. Además, contienen tres funciones específicas que se derivan de ellas: la primera se relaciona con la dimensión de explicación, la segunda con la dimensión de justificación y legitimidad, y la tercera con la dimensión de control del poder. Así, los principios cumplen una función explicativa que "permite considerar una determinada realidad", porque recogen una gran cantidad de información que permite comprender el funcionamiento del sistema judicial en el ordenamiento jurídico y su conexión con el sistema social.

Además, los principios permiten comprender el derecho como un todo ordenado y significativo, por lo que "conocer los principios de una institución o de un determinad derecho permite predecir en

cierta medida cuáles serán las soluciones a los problemas jurídicos”, fijados en disposiciones especiales. Además, los principios tienen una enunciación general, lo que significa más poder explicativo, mayor justificación y poder.

Igualmente se considera que tanto principios como normas incluyen el mandato de que algo debe llevarse a cabo “en la mayor medida posible” si existen posibilidades jurídicas y reales para hacerlo.

Entonces, como sostiene Robert Alexy (1997), los principios son mandatos de optimización (que pueden contener prohibiciones y permisiones), que se cumplen en diferente grado dependiendo de las posibilidades jurídicas y las realidades. (p. 81).

La ponderación según robert alexy

Esta teoría presenta a los derechos fundamentales –o constitucionales– como principios, esto implica que su cumplimiento no es absoluto, sino que están sujetos a las condiciones de hecho y de derecho, conforme cada caso. Por lo tanto, los nombra mandatos de optimización. Y como mandatos, los derechos fundamentales se ejercen según versa Manuel Atienza Rodríguez (2013), siempre que las circunstancias lo permiten, situación que se justifica a partir de un ejercicio argumentativo basado en la razón. (p. 249)

Robert Alexy propone utilizar el principio de proporcionalidad y la fórmula del peso, cuando existe dos principios en conflicto se tendrá que preferir uno, con un escrutinio razonado, sin que ello signifique la invalidación del otro. Y aclara que este ejercicio sólo debe realizarse cuando necesariamente un principio deba superar al otro, en cuyo supuesto se asignan pesos a cada mandato, con el fin de evaluar sus dimensiones de aplicación.

Esta técnica argumentativa advierte que los intérpretes pueden enfrentarse a casos difíciles en los que se presente la tasación de derechos, debiendo acudir a la ley de la ponderación bajo la premisa de

proporcionalidad. Este principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: a) el de adecuación, que implica que la preferencia de un derecho debe abonar al cumplimiento de otro derecho o de un bien constitucionalmente protegido; b) el de necesidad, señala que la elección de un principio tiene que ser lo más beneficioso o menos leativo de entre todas las posibilidades, y c) el principio de proporcionalidad, justificando la preferencia de un derecho por su importancia y que al elegirse, se subsana el incumplimiento del otro, sostiene Jaime Cárdenas Gracia (2017).

En cuanto al tercer subprincipio, éste se integra de tres componentes que son: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Para Atienza Rodríguez, la ley de la ponderación hace referencia al ejercicio de proporcionalidad como tal, es decir, acredita que el grado de satisfacción de un principio es mayor que el grado de afectación del otro (p. 250). Esta ley presenta variables que son el grado de afectación de los principios, el peso de éstos y la certeza de las apreciaciones fácticas. Para la fórmula del peso Alexy propone un modelo de tres intensidades, a las cuales les asigna un valor numérico. El valor abstracto del principio y el grado de afectación los representa con niveles de leve, medio y grave; mientras que a las condiciones de hecho las califica como plenas, regulares o nulas.

Cuando al modelo tríadico (valor abstracto, grado de afectación y condiciones de hecho o fiabilidad fáctica) se le asigna su valor numérico y se pondera, da como resultado un cociente que apoya la elección de un principio conforme al mayor grado en número.

Sólo si existe un empate en el peso de los principios se acude a las cargas de la argumentación, que son puntos de inclinación para generar discusión y verificar el mayor consenso sobre la preferencia de uno u otro principio, para asignar nuevos valores numéricos que generen otra operación y cociente.

El ejercicio argumentativo tiene en estos casos dos líneas de razonamientos bien diferenciadas metodológicamente, una línea de razonamiento positivo, alusiva a las razones por las cuales P1 debe

prevalecer sobre P2 en el contexto X en el que se desarrolla el caso A; y una línea de razonamiento negativo, alusiva a las razones por las cuales P2 debe ser derrotado ante P1 en el contexto X en el que se desarrolla el caso A. Ferrari Yaunner (2018), ha reparado en esta característica, aduciendo que en ocasión de la ponderación “(...) no solo será necesario argumentar la elección en el sentido de demostrar que el principio seleccionado fue el correcto, sino que además debe justificarse la no prudencia de aquel que no ha sido elegido, demostrándose que la solución final resultante es la más justa para el caso concreto (...)” (p. 240).

Entre otros autores que defienden la teoría de la ponderación encontramos a:

John Rawls un influyente filósofo político y autor de la teoría de la justicia como equidad, plantea que los derechos fundamentales deben ser equilibrados de manera justa y considera que la igualdad y la libertad son principios fundamentales en la ponderación.

Gustavo Zagrebelsky, jurista italiano y autor del libro *EL derecho dúctil*, aborda el tema Ponderación de derechos en el marco de la interpretación constitucional y defiende que la ponderación debe realizarse de manera transparente y justificada.

La crítica a la teoría de Robert Alexy

La crítica a esta teoría se formula por los siguientes aspectos: la base para determinar un valor numérico a las variables de la ponderación; el carácter particular sobre el general, en la toma de decisiones, y la ponderación como método racional, así como su utilidad práctica.

La ambigüedad y a la falta de fundamento para fijar un valor abstracto a los derechos fundamentales fijada como primer cuestión; por ejemplo, el derecho a la libertad frente al derecho de honor, para una persona valdría más que se interfiriera en su voluntad a que se rea-

lizaran actos en contra de su nombre y viceversa. A lo que distintos juristas consideran que determinar un valor es un ejercicio subjetivo y depende de las preferencias y diversidades de cada persona.

Según Michele Zizza (2018), sostiene que Habermas refirió que la ponderación conlleva a decisiones inestables y subjetivas, y que atenta contra el principio de seguridad jurídica, dando lugar a que otras necesidades y propósitos prevalezcan por encima de los derechos, y que Schlink sostiene que realizar un ejercicio de proporcionalidad no es racional, ya que se deja a la voluntad de cada juzgador, lo que se convierte en un proceso creativo y discrecional.

Entonces en contraposición aparece la crítica de Habermas (1994), quien sostiene que el ponderar en el derecho constitucional conduce a varios problemas, como ser: el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales, ya que se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; concerniente con consecuencias sustanciales de ablandamiento e irracionalidad, y por otra parte el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales como las de una mayor o menor adecuación (p. 312).

Uno de esos problemas o errores más prominentes es el Sesgo y la Falta de Imparcialidad por parte de los jueces o tomadores de decisiones, sesgo que puede surgir de prejuicios personales, intereses políticos o culturales y pueden afectar negativamente la forma en que se ponderan y equilibran los derechos fundamentales. Otro error se da por la falta de información y comprensión completa de los derechos en juego y sus implicancias, llevando a una ponderación indebida o desequilibrada, donde algunos derechos son sobrevalorados o subestimados, poniendo en riesgo su protección adecuada. Otro problema estaría dado por la priorización incorrecta de derechos, cuando el juez o intérprete puede dar mayor peso a ciertos derechos dejando de lado la protección de otros, resultando una desigualdad y una limitación indebida de derechos de ciertos grupos o individuos.

Manuel Atienza Rodríguez (2013) cuestiona la ley de ponderación

y el principio de proporcionalidad, señalando que:

La mala aplicación de un método o esquema de razonamiento o argumentación no es argumento contra ese método en sí, sino contra quienes lo malentienden o incorrectamente lo utilizan [...]

[...] En mi opinión, las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene Alexy son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada [...] se trata de un esquema puramente formal [...] no puede usarse más que como ayuda para resolver un problema, el de la ponderación que es fundamentalmente material y, por así decirlo, interpretativo. También sostiene que hay que dar un justo sentido a la ley de ponderación de Alexy, como herramienta argumentativa que permita un estudio concreto cuando dos derechos entran en conflicto, identificando que tiene fallas y por ello recomienda utilizar sus premisas de manera que sean provechosas (p. 250).

\ 438

Otras posiciones doctrinarias

Encontramos también varios autores que se han posicionado en el pensamiento contrario al de la Ponderación como medio para resolver conflictos entre derechos fundamentales, siendo:

Matias klatt, profesor de derecho y filosofía en Alemania, quien ha argumentado que la ponderación de derechos puede llevar a errores cuando no se tiene en cuenta adecuadamente los principios y valores subyacentes a los derechos involucrados.

David Bilchitz, jurista en Sudáfrica, quien ha discutido como la ponderación de derechos puede ser problemática si no se realiza de manera adecuada y justificada, y como los errores en este proceso pueden afectar negativamente la protección de los derechos.

Alec Stone Sweet, jurista estadounidense, quien sostiene después de examinar minuciosamente, como los jueces pueden cometer errores al ponderar derechos fundamentales y como estos errores pueden influir en las decisiones judiciales y en la protección de los derechos.

Conclusión

Podemos observar que la Ponderación como medio para resolver conflictos es aceptada hasta cierto punto, ya que como se observa hay doctrinarios que realizan críticas a esta teoría por los diversos errores que se pueden cometer al momento de aplicarla en la interpretación de principios que se encuentran en contradicción, pero más allá de todo lo esbozado si la ponderación es adecuada en manos del intérprete, sería la solución más acertada para este tipo de conflictos.

3. Marco teórico – adhesión a una teoría sustantiva

Teoría de la ponderación

La teoría de principios es una teoría analítico-normativa que se refiere a la estructura de las normas vigentes, a través de la cual se realiza un análisis conceptual y sistemático de las normas constitutivas de un orden jurídico determinado. Se dedica al análisis de los elementos que integran el concepto de norma, sus propiedades esenciales y el tipo de discurso jurídico que les corresponde.

439 /

Según Robert Alexy “El espectro de las tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales, pasando por la constitución jurídica (la relación entre el supuesto de hecho y los límites a los derechos fundamentales y el del efecto entre terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico y el fundamento de los derechos fundamentales (la ponderación)” (p. 13).

Esta teoría busca proporcionar pautas orientadoras para la aplicación de las normas. “Para ella es constitutiva la pregunta de cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta” (p. 15).

La tesis básica sostiene que el concepto de norma no comprende solo estructuras normativas con forma de reglas, sino también es-

tructuras normativas con forma de principios, como fue explicado con anterioridad. Esta afirmación tiene como trasfondo **una teoría no-positivista** del derecho que sostiene que el concepto de derecho incluye necesariamente a la moral. Los principios entonces son argumentos morales que pueden fundamentar decisiones jurídicas. Llamada también teoría del **no-positivismo inclusivo**, que plantea un concepto de derecho de corrección moral débil, que no implica la pérdida de validez de la norma jurídica, pero tiene un límite, la injusticia extrema y cuando una norma injusta sobrepasa el umbral de esta injusticia, pierde su validez jurídica.

Entiende Martin Borowski (2003) que esta teoría refiere a la posibilidad de que los principios entren en conflicto, postulado que se ve reflejado en la teoría de los límites a los derechos fundamentales (p. 65).

Sostiene Robert Alexy (2003) que, los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto, la tarea es determinar “la afectación del contenido esencial de estos derechos en conflicto, si está justificada y si es proporcional, lo que presupone a su vez una ponderación” (pp. 433-449).

Teoría armonizadora u holista o de la subsunción - posición contraria

En contraposición nos encontramos con Ronald Dworkin, reconocido filósofo del derecho y autor de la teoría del derecho como integridad, defensor del iusnaturalismo moderado y crítico que rechaza tanto la tesis que propugnan la separación radical entre el derecho y la moral, considera que los derechos fundamentales deben ser sopesados a través de un proceso de interpretación constitucional para determinar su alcance y límites, que surgen del problema del conflicto entre lo que “es” y lo que realmente “se puede llegar a conocer”. El peso lo determinan únicamente los argumentos presentados por el intérprete. La forma en que se obtienen estos argumentos depende

de la teoría del argumento jurídico. El hecho de que la decisión de contraprestación conduzca a soluciones erróneas u oculte decisiones arbitrarias no depende de la contraprestación en sí, sino de la exactitud de los puntos de partida que dé el intérprete.

Dworkin sustenta la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, la que plantea una teoría armonizadora u holista de los derechos fundamentales, para la cual, los derechos fundamentales no son reconstruibles como principios y por ende nunca entran en conflicto. Entonces esta teoría evalúa si el derecho fundamental afectado coincide con el contenido esencial abstracto del mismo, o si el contenido esencial de derecho ha sido respetado o no.

Para esta teoría, los conflictos entre derechos fundamentales no son posibles y la concepción, de la teoría de los principios, no es adecuada para la resolución de “tensiones” entre derechos fundamentales.

Al presentarse un caso en el cual dos derechos fundamentales presuponen dos soluciones divergentes, se debe determinar el contenido esencial del derecho aplicable al caso y subsumir el derecho fundamental afectado al mismo.

441 /

Teoría de preferencia – teoría de la ponderación

La estrategia metodológica que utilizaré para poder realizar la investigación tiene un enfoque cualitativo, que se centra en comprender y explorar fenómenos sociales complejos, como las experiencias, las percepciones y las interacciones humanas, desde una perspectiva subjetiva.

El método a aplicar será a través del estudio de caso/s -al analizar un fenómeno social complejo en su contexto real- dado por una resolución en la que al momento de ponderar inadecuadamente, prevalece el derecho al ambiente sano ante el derecho a la vivienda digna en un marco de derechos fundamentales, de la teoría fundamentada -utilizada para desarrollar teorías a partir de datos empíricos- y de los grupos focales, -utilizado para recopilar datos a través de la discusión grupal-.

La técnica que vamos a aplicar se conforma de entrevistas interpretativas a actores involucrados -utilizada para recopilar datos a través de la conversación con los participantes, con el objetivo de comprender sus experiencias y perspectivas-, a través de una observación participante -utilizándola para recopilar datos a través de la observación directa de los participantes en su entorno natural-, con el análisis de documentos y material visual/auditivo - documentos, imágenes, videos y otros materiales visuales o auditivos para obtener información sobre el fenómeno social-, más un fichaje bibliográfico exhaustivo -para recopilar información bibliográfica relevante sobre el tema específico, sobre el objeto de estudio, realizando una discriminación de artículos científicos indexados en diversos repositorios electrónicos, tesis de postgrado y documentos institucionales, que brindaron una visión amplia sobre la temática de estudio, en base a diversos autores y la opinión propia del investigador.

\ 442

Conclusión

Podemos observar que ante un conflicto de derechos fundamentales existen distintas alternativas de resolución para dicha controversia, sea ésta aplicando la ponderación o la subsunción por ejemplo. Entre estas dos teorías enmarcadas, adhiero a la que refiere a la Ponderación como medio para resolver este tipo de conflictos. Ya que los derechos fundamentales pueden ser tratados como principios y resolverse mediante la técnica de la Ponderación, siempre y cuando la resolución sea acorde a los derechos en conflicto, evitando ser inadecuada, provocando errores como el sesgo por intereses personales o políticos, la falta de imparcialidad por parte del intérprete, la falta de información y comprensión completa de los derechos en juego, la priorización incorrecta de derechos a través del intérprete al dar mayor peso a ciertos derechos dejando de lado la protección de otros. Por lo que hay que ponderar en búsqueda de un equilibrio de derechos fundamentales, donde algunos derechos no sean sobrevalorados o subestimados, poniendo en riesgo su protección adecuada.

Bibliografía

Referencias Doctrinarias

- Alexy, Robert. (1997). Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 81 y ss.
- Alexy, Robert (2003), “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16 pp. 433-449, 436. Existe traducción al castellano: Id., “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Foro Jurídico* 9 (2009), pags. 40-48.
- Alexy, Robert (2007). Teoría de los derechos fundamentales, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 13 y 15.
- Atienza Rodríguez, Manuel (2013). *Curso de argumentación jurídica*. España: Trotta, pp. 249-250 y pp. 255-258.
- Barak, Aharon. (2017). Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones, Traducción de Gonzalo Villa Rosas, Pálestra Editores, Lima, p. 381.
- Bernal Pulido, Carlos. (2017). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, pp. 720-727. Una idea concordante en Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, “Ponderación”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 12, pp. 210-221. También vid el capilar pero ilustrativo estudio desarrollado por De

- la Sierra, Susana, “La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio”, en Ortega, Luis y De la Sierra, Susana, Ponderación y Derecho Administrativo..., op. cit, pp. 99-114.
- Borowski, Martín (2003). La estructura de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 65 y ss.
- Cárdenas Gracia, Jaime. (2017). *Argumentación jurídica*. México: Porrúa/Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 137.
- Ferrari Yaunner, Majela, (2018). “La ponderación como expresión del componente axiológico del Derecho”, en Caravalho Leal, Virginia, Matilla Correa, Andry y Maria Lúcia Barbosa, El Derecho Público en perspectiva: medio ambiente, política y sociedad. Segundo Simpósio de Derecho Público Brasil-Cuba, Editora RTM-Mario Gómez da Silva, Belo Horizonte, p. 240.
- Zezza, Michele (2018) “La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini”, Working paper, Materiales de Filosofía del Derecho, 18-03. Universidad Carlos III de Madrid, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26545/WF-18-03.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Fecha de consulta: 12 de octubre de 2020).

\ 444

Referencias Legislativas

- Ley 23 313 (1986); Pactos Internacionales de DESC y Civiles y Políticos; <https://acortar.link/XEr3U>
- Ley 24 430 (1994), Constitución de la Nación Argentina, texto conforme a la reforma del año 1994.
- Ley 25 675 (2002), Ley General del Ambiente, Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Ley 24.658, art. 11 y 12, Protocolo de San Salvador.

Ley 27.453 (2018) y 27694 (2022) - Régimen de regularización dominial para la integración urbana

Código Ambiental de la Ciudad de Resistencia – Ordenanza 12608.

Responsabilidad del equipo interdisciplinario del Hospital de Salud Mental San Francisco de Asís de Corrientes y del Estado provincial por daños derivados de la conducta de una persona con discapacidad mental en supuestos de evaluación de riesgo para sí y para terceros

I Vallejos Schulze, Andrea Guadalupe |

Responsabilidad del equipo interdisciplinario del Hospital de Salud Mental San Francisco de Asís de Corrientes y del Estado provincial por daños derivados de la conducta de una persona con discapacidad mental en supuestos de evaluación de riesgo para sí y para terceros.

447 /

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la responsabilidad por los daños generados a partir de la intervención del equipo interdisciplinario del Hospital de Salud Mental San Francisco de Asís de la provincia de Corrientes, en su carácter de Hospital Público, cuando interviene en la evaluación y determinación de la existencia o inexistencia de riesgo de una persona con discapacidad mental, con el objeto de precisar a partir de las particularidades que tiene la intervención del equipo interdisciplinario referido y la especial situación que presenta la persona evaluada, quién sería eventualmente responsable en los supuestos de daños sufrido en la persona evaluada o en un tercero pero originados por la conducta de ésta.

En Corrientes el equipo interdisciplinario preparado y con facultades para efectuar estas evaluaciones en los términos de la Ley de

Salud Mental N° 26.657 es el Hospital San Francisco de Asís ubicado en la ciudad Capital de la Provincia, donde la población total es de 1.197.553 habitantes según el último censo realizado en 2022, no hallándose los hospitales generales hasta la fecha en condiciones de realizar estas evaluaciones interdisciplinarias conforme lo impone la Ley N° 26.657, que permitirá descomprimir la actividad que hoy realiza una única institución, lo que aumenta la posibilidad de errores en las intervenciones.

En relación a las dificultades de la evaluación sostiene el Director del Hospital de Salud Mental San Francisco de Asís de esta provincia, Dr. Carlos Rodríguez, que lo problemático es la negativa de la familia de aceptar la existencia del riesgo y acompañar al paciente y al mismo tiempo que el paciente tampoco acepte el tratamiento de internación, cuando existe criterio para ello, considerando no obstante para criterio del equipo interdisciplinario de ese centro de salud contar con el consentimiento libre e informado de la persona. Agregando el nombrado otra de las dificultades en la determinación del riesgo es que la medicación que la persona se encuentra consumiendo, impide a veces su detección, y que ello no descarta la posibilidad de que no contando con esa medicación el paciente pueda encontrarse eventualmente en situación de riesgo para sí o terceros. Cuenta con 245 camas de las cuales 167 camas se encuentran ocupadas por pacientes crónicos y sin criterio clínico para internación, debido a las demandas de internaciones involuntarias del Poder Judicial, lo que reduce la capacidad de internación de personas en situación de riesgo para sí y para terceros conforme la evaluación del equipo interdisciplinario del Hospital (Dr. Carlos Rodríguez, director del Hospital de Salud Mental, en 3er. Conversatorio de Salud Mental y Código Civil y Comercial de la Nación, nov. 2022)

La investigación parte de los datos empíricos descriptos anteriormente y es de naturaleza teórica y documental con enfoque cualitativo, sobre la base del método dogmático descriptivo (heurístico). Se analizan y sintetizan las normas del derecho positivo que dan origen

al problema de investigación, y las principales corrientes o posiciones doctrinarias existentes, para lo cual se utilizaron como herramienta de estudio fichas técnicas que resumen la información más actualizada que permitan comprender y aportar mayores conocimientos en el objeto de investigación, que por sus características novedosas requiere de un análisis particularizado.

Para la elaboración del mismo se tomaron como ejes de desarrollo necesarios: el análisis normativo de la evaluación de riesgo para sí y para terceros previsto en la Ley N° 26.657 y su decreto Reglamentario N° 603/13; la normativa local vigente en relación a su adhesión a la ley nacional referida; la modalidad de intervención legal vigente y las alternativas posibles de tratamientos y vinculación con el Paradigma de la mirada Social de la Discapacidad; la previsión y la producción de daño luego de una evaluación interdisciplinaria; finalidad de la reparación del daño y eventuales responsables.

El tema a desarrollar tiene relevancia desde el punto de vista científico por cuanto permite el pensamiento crítico de la problemática a partir del análisis profundo de la legislación y posiciones doctrinales teóricas más sobresalientes en el campo de la responsabilidad por daños aplicado al supuesto específico de la intervención del equipo interdisciplinario de los Hospitales públicos que realizan evaluaciones de riesgo de las personas con padecimientos mentales que tiene connotaciones únicas, particulares y diferentes de otros supuestos de responsabilidad por la modalidad de intervención de los profesionales en la evaluación que lo hacen interdisciplinariamente la previsión de responsabilidad individual que determina la normativa y la especial condición de vulnerabilidad por la discapacidad mental que impide a la persona comprender sus actos y dirigir sus conductas. Señalándose la relevancia social que representa el tema propuesto en tanto involucra el Derecho Humano a la salud, la vida e integridad de la persona con padecimiento mental y de otros miembros de la sociedad, valores fundamentales garantizados por el Estado, de interés particular y social.

Estado del conocimiento

La Ley de Salud Mental N°. 26.657 determina que los equipos interdisciplinarios de los Centros de Salud son los encargados de efectuar las evaluaciones de riesgo para sí y para terceros de las personas con padecimiento mental y determinar en su caso, el tipo de tratamiento terapéutico que necesita (internación o ambulatorio según exista o no riesgo respectivamente). Dicho equipo se integra por profesionales de diferentes disciplinas (art. 8) quienes deben priorizar el tratamiento ambulatorio con abordaje interdisciplinario e intersectorial y solo disponer la internación de la persona cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario y social y no sea posible el abordaje ambulatorio. (art. 14 y 20 Ley N° 26.657 conf. Reglamentación N° 603/13). Determinación que tiene sustento en el paradigma de la mirada Social de la Discapacidad vigente producto de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad (art. 75 inc. 22 CN), que entiende a la discapacidad como el resultado de la interacción de la persona con discapacidad y las barreras del entorno a las que debe enfrentarse para el goce de sus derechos, o, en otros términos, como un proceso complejo determinado por múltiples componentes: históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos (art. 1 Dec. Ley 603/13).

Como lo explica la doctrina la evaluación será sobre:

El riesgo de daño sería un estado de la persona en el momento preciso de la evaluación interdisciplinaria, que no ataña a la persona en sí misma sino a las coordenadas de un momento particular. La concepción de riesgo cierto e inminente se asienta en un estar del sujeto aquí y ahora, por lo que se habla de situación de riesgo cierto e inminente. Entendido de este modo, la persona se encuentra en una situación que lo expone a un riesgo de sufrir un daño a la

salud o la vida de sí mismo u otras personas en su entorno inmediato, haciendo foco en el sujeto y su situación social y vincular. (Bianco P., 2019)

La Ley de Salud mental es una ley de orden público, por lo que constituye el piso mínimo inquebrantable de derechos y las provincias tienen la obligación de definir las características optimas de la conformación de los equipos interdisciplinarios de acuerdo a las necesidades y particularidades propias de cada jurisdicción (art. 8 Dec. Ley 603/13). Punto en el que existe un vacío legal, por cuanto la provincia de Corrientes ha dictado la Ley Provincial N° 6106 del 26/04/2012 por la que se adhiere a la ley nacional sin más, y a la fecha no ha sido reglamentada.

Independientemente de lo señalado, puede ocurrir que luego de ser evaluada por el equipo interdisciplinario una persona con discapacidad mental se produzcan daños en su persona o en sus bienes o en los de terceras personas, pero ocasionados por la persona evaluada por los que la propia persona con discapacidad no pueda responder debido a su estado de salud mental que le impide comprender los actos que realiza.

Sin embargo, la interdisciplina importa el trabajo en equipo (social, médico, asistencial, etc) no habiendo en ella yuxtaposición de saberes, ni pérdida de la especificidad sino un intercambio de conocimientos e ideas, que generan una conclusión común entre todos los intervenientes del equipo interdisciplinario que supera la falta de límites y la complejidad de la problemática abordada (Elichiry, N. E., 2019)

Y en este sentido, la doctrina observa positivamente la responsabilidad individual de los médicos, debido a la complejidad de la intervención interdisciplinaria y las dificultades de trabajar verdaderamente en equipo, señalándose al respecto que la ley busca posibles temores en los profesionales de asumir responsabilidades de una disciplina que le es ajena y así verse obstaculizada la integración de los equipos de trabajo. (Martínez Alcorta, J.A., 2015)

Puede ocurrir además que, pese al obrar diligente del equipo interdisciplinario, se produzca igualmente el daño por razones ajenas a la práctica médica o la influencia de otros factores por los que el equipo no deba responder. En este aspecto la doctrina señala que “el hecho de vincularse su labor con la vida y la salud de las personas genera gran sensibilidad cuando los resultados obtenidos no son los esperados, aunque no siempre ello dependa de la pericia y diligencia del médico” (Claps, S.L., 2021, p. 485)

La diligencia del médico (en el caso psicólogo o psiquiatra) intervinientes se determina en función de que haya actuado conforme a la ley propia del arte que presta, lo que significa el respeto por los usos médicos y técnicas de la práctica que son impuestas por la autoridad científica; a los protocolos emitidos a juicio de los expertos o especialistas en la temática y que orientan su labor profesional y a las normas deontológicas de conducta. (Claps, S.L., 2021)

En relación a los profesionales que integran equipos interdisciplinarios de hospitales públicos, al tratarse de agentes del servicio público de salud, es factible evaluar la responsabilidad del Estado y aplicársele la norma especial, esto es la Ley de Responsabilidad Estatal N° 26.944, pero que poco y nada dice respecto del supuesto de responsabilidad específico que es objeto de investigación, por lo que un sector de la doctrina coincide en la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil (Claps, S.L., 2021)

La reparación civil del daño causado deriva del incumplimiento de una obligación y del principio general alterum non laedere (art. 1716 CCyC) y que significa no dañar al otro que se desprende del art. 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN) y esa es su finalidad. Dicho principio guarda estrecha vinculación con la seguridad jurídica que se garantiza a todas las personas (arts. 14 y 17 CN). Es un derecho que corresponde a cualquier persona que demuestre un interés legítimo contra quien lo ha producido, sea éste un particular o el Estado.

La reparación de daño civil dirigida individualmente contra el

\ 452

profesional del equipo interdisciplinario requiere la acreditación de los siguientes presupuestos legales: 1) una conducta antijurídica o contraria a derecho, 2) que genere un daño y/o perjuicio a otro/a (arts. 1716, 1717 y 1737, CCyC); 3) que exista un factor de responsabilidad, objetivo o subjetivo (arts. 1716, 1721, 1722, 1724, CCyC), 4) con una adecuada relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio (arts. 1726 y 1727, CCyC).

Cuando el daño sea consecuencia de una mala praxis o “mala práctica” del profesional, la doctrina afirma que “es clara la responsabilidad del psiquiatra que no advierte la tendencia suicida o agresiva de una persona con enfermedad mental, siempre dentro de las reglas de la *lex artis*, o que, advirtiéndola, no toma las medidas de prevención oportuna” (Llamas Pombo, E, 2020 p. 98)

Existiendo dos corrientes doctrinarias en relación a la responsabilidad del médico: por un lado, quienes afirman la responsabilidad contractual con basamento en el acuerdo de voluntades previo con el paciente para la realización de la práctica (Calvo Costa. A., 2021; Llambias, J., 2006; Boffi Boggero, L., 1981; Alterini, A. 1987; Zannoni, E. 1993; Zabala de Gonzalez, M. 1999); y por el otro de responsabilidad extracontractual, entendiendo que se trata de un supuesto de servicio médico de salud y por lo tanto se exige el deber de prudencia y diligencia en la prestación, exista o no consentimiento del paciente (Trigo Represas F., 1999; Lovece G, 2020). Esta última postura es en la que se apoya la investigación.

La atención de la salud de las personas con discapacidad mental a la luz de la mirada social de la discapacidad que impone la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad determina su atención interdisciplinaria y el tratamiento personalizado, que restrinja en la menor medida posible la libertad y, siempre, sobre la base del consentimiento informado conforme las previsiones contenidas en la ley 26.529. (Herrera S. y Salagaray N. en Weingarten C y Lovece G, 2020 p. 397)

La salud es un Derechos Humano fundamental y su atención y correcta prestación es un deber insoslayable del Estado para la felicidad de las personas, la paz y armonía de los miembros de la sociedad y la seguridad, conforme lo establece la Organización mundial de la salud. La salud mental “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”, y la salud mental importa 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 (art. 3 Ley N° 26.657). El aseguramiento de ese derecho importa la obligación de los Estados de generar condiciones en que las personas puedan vivir el nivel de vida más alto posible garantizando la disponibilidad de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. Para lo cual el Estado debe promover y ejecutar medidas de acción positiva (art. 75 inc. 23 CN), por lo que su omisión y las falencias del servicio de salud públicas también pueden hacer posible de responsabilidad del Estado, sujeto a responsabilidad especial por Ley N° 26.944.

\ 454

Marco Teórico

A partir de la distinción de los tres sentidos de la responsabilidad desarrollados por la teoría de Hart, esto es, responsabilidad como una obligación derivada del ejercicio del poder o autoridad; la responsabilidad como factor de causa efecto de una consecuencia y finalmente la responsabilidad como la capacidad producto del estado de salud mental de una persona en un momento y lugar determinados (Hart, H.L.A, 1962), se analiza la responsabilidad del equipo interdisciplinario del Hospital de Salud Mental San Francisco de Asís de Corrientes y del Estado provincial por daños derivados de la

conducta de una persona con discapacidad mental en supuestos de evaluación de riesgo para sí y para terceros.

La existencia de un daño, entendido éste como la lesión a un derecho o un interés jurídicamente no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737 CCyC), abre camino a la acción de reparación civil de la víctima por la lesión antijurídica experimentada contra el profesional que integra el equipo interdisciplinario evaluador individualmente considerado (art. art. 8 del Dec. Ley 603/13). Esto es sin perjuicio de la intervención interdisciplinaria.

La responsabilidad civil de los integrantes de los equipos interdisciplinarios de salud mental deberá ser juzgada individualmente, salvo, claro está, que no pueda establecerse la responsabilidad de cada incumbencia disciplinar, y en ese caso inevitablemente habrá una responsabilidad colectiva.

(Martínez Alcorta, J.A., 2015 p.133)

455 /

En el caso de los pacientes con padecimientos mentales los psiquiatras tienen el especial deber de cuidado y atención para la detección de riesgos a tiempo. Un diagnóstico adecuado nos ayudará a detectar este tipo de conductas riesgosas y en los casos en los que se observe un riesgo deberá actuar conforme dicte su discrecionalidad científica y los saberes científicos actualizados sin abandonar al paciente dejándolo a su suerte hasta que ocurra aquello que era previsible y en gran medida evitable....La responsabilidad del psiquiatra deberá analizarse en cada caso en particular respecto de la previsibilidad y evitabilidad del daño y las medidas que haya tomado con la finalidad de proteger al paciente (cambio de medicación, aumento de sesiones, internación, etc) para lo cual las constancias que figuren en la historia clínica vertidas por él o la profesional

en forma clara sin tachaduras siguiendo las disposiciones legales serán de una prueba de vital importancia. (Herrera, S. y Salagaray, N., 2020 p. 386- 387)

La Ley de Salud Mental N° 26.657, exige el consentimiento libre e informado del paciente el cual debe constar en la historia clínica y que consiste en “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente información clara, precisa y adecuada en relación a todas las cuestiones relacionadas con su salud. Pero el consentimiento debe ser evaluado en función de sus posibilidades (art. 5 y 6 Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente con los profesionales e Instituciones de Salud).

En este aspecto debe tenerse presente que las evaluaciones de riesgo para sí y terceros analizadas se realizan en situaciones de urgencia y en relación de personas con padecimientos mentales que por su especial condición de vulnerabilidad puede no contar con aptitud suficiente para prestar un consentimiento libre e informado y por lo tanto, la aplicación irrestricta de la ley podría ocasionar injustas soluciones en claro perjuicio de quien a la postre se encuentra en desventaja para comprender la información que se le brinda y las consecuencias de su decisión.

La idea de consentimiento se estructura a partir del acto voluntario, es decir el que se realiza a partir de una estructura de discernimiento intención y Libertad... se encuentra sumamente condicionado y por ende, su eficacia jurídica muy limitada, especialmente cuando se lo desea imponer como una eventual eximente de responsabilidad... (Weingarten, C. y Ghersi, C. A., 2020, p. 71 y 75)

De allí que cuando de la evaluación interdisciplinaria surja la posibilidad de riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros y el

seguimiento y continuidad del tratamiento ambulatorio para evitar la producción del daño no esté garantizado, deba disponerse, aunque no medie consentimiento la internación de la persona apartándose de la excepcionalidad de la medida en miras a prevenir ese daño. Esa valoración de los profesionales se relaciona con el deber de diligencia y la mirada Social con la que deben efectuar (no solo desde el punto de vista de la salud mental, física sino también de contexto) y eventualmente del Estado cuando se trata de efectores de salud pública, señalándose en este último aspecto que:

Vista las potenciales limitaciones de recursos presupuestarios, profesionales, tecnológicos y de infraestructura edilicia. Para que la propuesta no se convierta en letra muerta se requiere entonces que el Estado provea de una dotación de recursos adecuados con la finalidad propuesta. (Muñiz, C.M., 2014)

457 /

Sin embargo, ante los reducidos casos de reclamos por daños en estos casos, se afirma que puede deberse:

Primero a la pluralidad y variedad de escuelas psiquiátricas que impiden determinar con certeza cuál es la *lex artis* en esta especialidad, con lo que resulta difícil realizar ese juicio de comparación con un standard de referencia que constituye la apreciación de una culpa, y segundo, la dificultad de demostrar el nexo causal entre la conducta culposa y el daño, cuando éste se produce exclusivamente en la salud psíquica, y el tratamiento no es de carácter somático. (Llamas Pombo, E, 2020, p. 100)

En relación a la responsabilidad de los Hospitales públicos no caben dudas de que si bien existe autonomía científica del profesional hay dependencia contractual o funcional con el Estado Nacional,

provincial o municipal y es deber del hospital proveer la seguridad y control del paciente en el plan terapéutico (Ghersi C.A,2020). “En el supuesto de los hospitales públicos, media una obligación previa específica acordada entre las partes de prestar adecuadamente los servicios médicos, que crea derechos y deberes recíprocos en donde el acreedor en dicha relación jurídica es el Paciente y el deudor el Estado.....todo lo que hace a la salud de la población es problema de interés general...es un servicio social más que un servicio público”. (Calvo Costa, Carlos A., 2021, p. 86-87)

Determinar la responsabilidad por los daños generados a partir de la evaluación de riesgo de los equipos interdisciplinarios de salud mental, en el caso del Hospital de Salud Mental San Francisco de Asís, no es tarea sencilla, por las particularidades de la forma de trabajo impuesta en la norma, la vacancia normativa a nivel local, la urgencia con la que intervienen y la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentra la persona a ser evaluada debido a su discapacidad mental como lo sostuve anteriormente. Y la mirada Social de la discapacidad debe ser el paradigma del que parta al momento de evaluar quien debe responder por los daños generados a partir de la evaluación de riesgo de su producción del equipo interdisciplinario. “No podrá juzgarse adecuadamente el accionar de un equipo interdisciplinario de salud mental sino es desde este prisma y conociendo la forma de funcionamiento interno como unidad” (Martínez Alcorta, J.A., 2020 p. 704)

Si lo que se pretenda es accionar contra el Estado, considerando que la atención de la salud es un servicio público garantizado por este y que los evaluadores son agentes de ese servicio, se deberá verificar si la conducta dañosa le es imputable, en su caso si se trata de una conducta legítima o ilegítima y finalmente el nexo de causalidad, es decir la relación entre las conductas y el daño. Resaltando en este aspecto que, si las razones o factores se relacionan con el incumplimiento del deber de adoptar las medidas de acción positiva referidas o por la falta del servicio, que algunos autores llaman “incumplimiento de

los deberes legales” (Balbin, C.F., 2015 p. 361), la responsabilidad por omisión será indiscutible, a tenor de lo previsto en el art. 3 de la Ley Nº 26.944. Posición a la que adhiero en un todo.

El Estado, salvo caso fortuito o fuerza mayor -es decir acontecimientos irresistibles- y el hecho también inevitable, de un tercero por quien no se deba responder (art. 2 Ley Nº 26944), será siempre responsable de garantizar el goce del derecho de salud en el más amplio sentido de la palabra con la consiguiente prevención del daño que se pueda generar en el mismo paciente evaluado como en terceros ocasionados por el persona con discapacidad mental, cuando el daño se produzca dentro del centro de salud en que ha quedado internada la persona, por el deber de seguridad que debe garantizarse, como asimismo cuando se disponga su tratamiento ambulatorio y por la situación contextual y social o económica de la persona el tratamiento no logre ser eficaz y se genere el daño previsible que no fue valorada desde la mirada Social de la discapacidad. Al mismo tiempo que lo será cuando exista rechazo por parte del Hospital en la atención de la salud mental (siempre que sea generador de un daño) por ser ello un acto discriminatorio, en consideración a las prescripciones de los arts. 7, 20, 28 de la Ley Nº 26.657.

De allí que sea tan importante que se prevean políticas públicas de planificación y cooperación entre los distintos poderes del Estado en todo el territorio, tanto en el sector público como privado. “Mientras no se ponga el tema en la agenda con la seriedad que el caso requiere, el sistema de salud continuará con pronóstico reservado”. (Gusman, A.S., 2021, p. 5)

En relación al tipo de responsabilidad que le cabría al Estado rige a su respecto la Ley Nº 26.944 que determinar el carácter de la responsabilidad administrativa, objetiva y directa. Entonces, si ha habido mala praxis en los profesionales miembros del equipo interdisciplinario del Hospital Público (por dolo o culpa en el obrar negligente del facultativo) no se necesitará demandar previamente al agente sanitario (sin perjuicio de la responsabilidad personal que le corresponda a este último).

Sin embargo, se advierte que, frente a la falta de especificidad de la norma referida en relación al supuesto específico de responsabilidad aquí abordado, se señala que es posible la remisión a elementos propios del derecho civil y su consiguiente aplicación análoga, por la imprecisión de términos utilizados en los artículos 2 y 3 que disponen “Artículo 2 : Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder. Artículo 3: Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

“Por eso la aplicación analógica es imprescindible no sólo para los casos de falta de servicio, sino para todos aquellos casos donde la responsabilidad por falta de servicio es inapropiada” (Burgueño Ibarguren, M. y Siciliano, J., en López Mesa, 2020, p. 560)

A modo conclusivo: En el presente trabajo de investigación, se han expuesto las normas nacionales, internacionales y locales en materia de responsabilidad por daños en supuestos de evaluaciones de los equipos interdisciplinarios de las personas con padecimiento mental previstas en la Ley N° 26.657, determinándose la responsabilidad del equipo interdisciplinario del Hospital de Salud Mental San Francisco de Asís de Corrientes en su carácter de Hospital Público, del Estado provincial y de los profesionales del equipo evaluador por daños derivados de la conducta de una persona con discapacidad mental en supuestos de evaluación de riesgo para sí y para terceros.

De lo que se concluye la inexistencia de una regla general igual aplicable en todos los casos, debiendo la determinación del responsable en el supuesto de investigación planteado, quedar sujeto a la evaluación consciente y previa, de la producción de un daño que pudo prevenirse por ser cierto e inminente al momento de la evaluación interdisciplinaria, de la imputación de la conducta, su legitimidad o no y la comprobación del nexo de causalidad.

Para lo cual será fundamental valorar la complejidad y dificultades propias de la intervención interdisciplinaria en contexto de evaluación de riesgo de personas en situación de vulnerabilidad por su estado de salud mental, que no admite dilaciones de atención y cuyo trato debe ser igualitario, digno y respetuoso de sus derechos, desde la mirada social de la discapacidad que impone asegurarle el pleno goce de su salud y consecuentemente su integridad psicofísica y su vida, en tanto derechos interconectados e interdependientes, garantizándoles todos los servicios y disfrute de la salud en el más alto nivel posible, considerando no solo la salud sino además las barreras del entorno para realizar el tratamiento que requiere que permitirán prever posibles daños para sí y para terceros.

Asimismo, se han desarrollado las principales corrientes doctrinarias en relación a la temática de responsabilidad civil de los profesionales médicos y de los equipos interdisciplinarios, como de responsabilidad Estatal en relación al servicio de atención de la Salud Pública, todo a la luz de la interpretación conforme de las normas y partiendo fundamentalmente de los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional con igual jerarquía.

De esta manera se precisó la situación normativa y situacional en la que se encuentra la Provincia de Corrientes, que cuenta con un único Centro de Salud encargado de llevar adelante las evaluaciones de riesgo, referenciando los principales obstáculos en la intervención conforme las autoridades sanitarias en la provincia. Para luego comparar lo expresado con las exigencias legales que deben tenerse en cuenta al momento de ponderar la acción de reparación que pretenda

entablarse y los recaudos que deberán existir para que prospere el reclamo y determinar la conveniencia y procedencia de accionar contra el médico de manera individual, contra el Estado o contra ambos.

Bibliografía

Alterini, A., (1987). Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil. 3ra. Edición. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

\ 462
Balbin, C.F., 2015. Tratado de Derecho Administrativo. 2da. Edición actualizada y ampliada. Editorial La Ley. Buenos Aires.

Bianco P. (2019). Internaciones en salud mental: tensiones entre el juicio clínico y la ley. En Clepios Revista de Profesionales en formación en salud mental. 78 Volumen XXV. <https://www.editorialpolemos.com.ar/docs/clepios/clepios78.pdf>

Boffi Boggero, L. (1981). Tratado de las obligaciones, Editorial Astrea Buenos Aires

Carranza Torres, L.R. (2013). Protección Jurídica de la Salud. Editorial Alveroni. Cordoba.

3er. Conversatorio de Salud Mental y Código Civil y Comercial de la Nación, 2022 <https://youtube.be/QXNScH8Z75w> (video restringido)

Claps, S.L, (2021). Derecho de Daños. Editorial Contexto. 3ra. Edición actualizada. Resistencia Chaco.

Elichiry, N. E., (2019). Importancia de la articulación interdisciplinaria para el desarrollo de las metodologías transdisciplinarias. <https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/si->

[tios_catedras/obligatorias/066_salud2/material/unidad1/subunidad_1_3/elchirly_importancia_de_la_articulacion.pdf](#)

Hart. H. L.A.(1968). Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law, Clarendon Press, Oxford. Segunda impresión, revisada, 1970. <http://ndl.ethernet.edu.et/bits-tream/123456789/77294/1/21%20pdf.pdf>

Jimenez, G.M., (2007). Casos de responsabilidad profesional en psiquiatría. Grupo corporativo de la Sociedad Colombiana de Anestesia y Reanimación (Scare) y Fondo Especial para Auxilio Solidario de Demandas (Fepasde), 1999-2006 http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502007000200004

Gusman A. S., Responsabilidad del Estado como garante del Derecho a la atención sanitaria. Editorial La Ley. 26/04/2021. Año LXXXV Nº 81 <https://aajc.com.ar/home/wp-content/uploads/2021/07/Gusman-Responsabilidad-del-Estado-como-garante-del-derecho-a-la-atencion-sanitaria.pdf>

Hart, H. L.A., 1962. Derecho y moral, contribuciones a su análisis, tr G.R. Carrió, Buenos Aires.

Llambias, J.J., (2006).Tratado de derecho civil. Obligaciones, actual. 5ta Edición. Buenos Aires, Editorial Perrot.

Lopez Mesa, M.J, (2020). La responsabilidad civil médica. Responsabilidad de sanitarios y hospitales. En el nuevo Código Civil y Comercial . Derecho Comparado. Editorial B de F. Buenos Aires.

Martinez Alcorta, J.A., Responsabilidad Civil de los equipos interdisciplinario sde salud mental. En <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41460.pdf>

Mosset Iturraspe, J y Piedecasas M. (2007). Responsabilidad Contractual, Editorial Rubinzal Culzoni Santa Fe.

Muñiz C.A.,(2013). El abordaje interdisciplinario de la salud mental. Situación actual a partir de la Ley N° 26657 y su decreto 603/2013. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/13445/1/abordaje-interdisciplinario-salud-mental.pdf>

Olmo, J.P. (2021). Salud Mental y Discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación. Editorial Aula Extendida. Buenos Aires.

Organización Mundial de la Salud. (Octubre de 2006). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. 45. Ginebra. Recuperado el Noviembre de 2015. <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>

Weingarten C., y Lovece G., (2020). Tratado de Derecho de Salud. Editorial La ley. Buenos Aires.

Zannoni, E. 1993 El daño en la responsabilidad civil. 2da. Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Zabala de Gonzalez, M. (1999). Resarcimiento de Daños. Editorial Hammurabi. Buenos Aires

Responsabilidad parental por daños a los hijos en la procreación asistida: el caso de los bebés salvadores

I Vigay, María Cristina I

Responsabilidad parental por daños a los hijos en la procreación asistida: el caso de los bebés salvadores

Introducción

El progreso de la Ingeniería Genética y de la Fecundación in vitro ha concluido con el desarrollo de la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio también conocido como PGS por sus siglas en inglés (Preimplantation Genetic Screening) que es un instrumento de la medicina predictiva que permite realizar un análisis genético embrionario, consistente en muestras celulares del embrión extraídas antes de la transferencia al útero de la persona gestante, para determinar su estado de salud, características genéticas y anomalías en el número de cromosomas (aneuploidías) lo cual posibilita aplicarles una terapia embrionaria, o en su defecto, directamente seleccionar los embriones y descartar los que presentan graves anomalías o enfermedades genéticas o hereditarias (el estudio permite seleccionar aquellos embriones cromosómicamente normales con una precisión del 99%). Dicha intervención es admitida en la legislación comparada.

En el ámbito de la procreación asistida se puede producir la alteración del patrimonio genético de los hijos para dotarlo de caracteres predeterminados, esta hipótesis a su vez, se subdivide en varios supuestos: la manipulación genética con fines terapéuticos, sin fines terapéuticos (eugenésia) y la clonación.

El Diagnóstico preimplantatorio y la ingeniería genética dan la posibilidad de intervenir en el embrión con fines terapéuticos a través de la microcirugía para insertar un gen faltante o reemplazar uno enfermo, -lo que se conoce como terapia génica-, Afirma Ferrer que esto es así en tanto se respeten la vida y la integridad del embrión, no siendo expuestos a riesgos desproporcionados y que tengan por propósito la mejora de sus condiciones de salud, su curación o su supervivencia individual (Ferrer, 2019, pág. 428).

Dentro de los supuestos de responsabilidad civil que puede originar la aplicación de las técnicas de procreación humanamente asistida, en adelante TRHA, teniendo en cuenta el amplio espectro que abarca la Fecundación in vitro, que incluye, además, la responsabilidad compartida con los profesionales de la salud, nos limitaremos a desarrollar los daños que podrían generar acción resarcitoria específicamente contra los progenitores, causados por la manipulación genética con fines terapéuticos, específicamente el caso de los hijos engendrados para curar a un hermano, los denominados por la doctrina “savior siblings”.

En las últimas décadas, se han desarrollado rápidamente las técnicas de reproducción humana asistida, que hoy son consideradas una de las tres fuentes de filiación en nuestro derecho, junto a la filiación por naturaleza y en la adopción conforme el artículo 558 CCyC.

En Argentina, estas prácticas se llevan adelante desde hace varios años y han aumentado desde la sanción de la Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida del año 2013, que permitieron, además, el acceso de estas prácticas a un mayor número de personas. Asimismo, han sido incorporadas al Código Civil y Comercial unificado, aunque sin prever el abanico de posibilidades que las mencionadas técnicas pueden acarrear. En ese sentido, el artículo 57 del CCyC dispone: “Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”. Se trata aquí de las prácticas de la ingeniería genética que se aplica sobre los gametos masculinos o femeninos (células reproduc-

tivas de las personas) cuyas modificaciones se transmiten a la descendencia, diseñando sus características. No obstante, en el Derecho Argentino no se han estipulado normas específicas que prevean la responsabilidad de los progenitores por los daños ocasionados a los hijos en el marco de las TRHA, no obstante, Ferrer afirma que en nuestro ordenamiento legal tampoco hay normas expresas que eximan a los progenitores de responder por los daños causados injustamente a sus hijos. (Ferrer, 2019, pág. 414).

El objeto de este trabajo consiste en realizar un estudio bibliográfico analizando la cuestión ético jurídica que la temática suscita. La importancia del tema radica en la inexistencia de tratamiento específico en la normativa argentina. Si bien existen numerosas publicaciones respecto al DGP, las técnicas de reproducción asistida, el estatuto de los embriones in vitro, la Filiación en las TRHA, etc., los doctrinarios no han desarrollado el estudio del caso y las particularidades de la manipulación genética con fines terapéuticos, específicamente, el caso de los hijos creados para salvar a sus hermanos. Esta cuestión plantea complejos dilemas éticos y jurídicos, poniendo énfasis en esto último, pudiendo ser relevante para futuras resoluciones judiciales. El presente trabajo será estructurado poniendo énfasis en la doctrina y normativa comparada existente a la fecha. Además, se analizará la situación actual de la temática en el Derecho Argentino.

\ 468

Estado del Conocimiento

El supuesto que nos ocupa, que se incluiría dentro de la clasificación de los daños por manipulación genética con fines terapéuticos sería el de “diseñar” mediante fecundación in vitro un embrión que cumpla con ciertas características para curar a un hermano enfermo ya nacido. Conocido en doctrina con diferentes denominaciones, el bebé de la doble Esperanza; bebés medicamentos; bebés salvadores o bebés altruistas.

En este trabajo se utilizará el método cualitativo sobre la base de un estudio bibliográfico. De esta manera, se podrá trabajar con el análisis de posturas teóricas y de datos secundarios producto de otras investigaciones que se realizan en el país y en el Derecho Comparado destacándose la producción de autores que abordan la temática. tiene una naturaleza teórica y requiere especialmente del uso de fuentes bibliográficas, de ahí que el contenido de esta investigación esté basado en artículos publicados en revistas especializadas en el tema, algunas de índole jurídica, pero también de temática científica y ética. También se han empleado tesis escritas al respecto. Por otra parte, y teniendo en cuenta que el tema a tratar es la posible violación o no de derechos fundamentales ha sido necesario examinar la legislación habida al respecto, así como algunos casos presentados ante los Tribunales de justicia. En este trabajo nos hemos propuesto realizar un estudio descriptivo- explicativo, a través del cual buscamos categorizar los posibles daños por parte de los progenitores causados a sus hijos en el ámbito de la manipulación genética. La investigación descriptiva “tiene por objeto arrojar luz sobre cuestiones o problemas actuales mediante un proceso de recogida de datos que permite describir la situación de forma más completa”. (Fox y Bayat, 2007, p. 45). Por su parte, el estudio explicativo, pretende explicar cómo ocurre un fenómeno y las condiciones en las que se da éste (Ander Egg, 1995). Adscribir a un estudio descriptivo- explicativo nos permitirá realizar un ejercicio reflexivo de lo disciplinariamente establecido en la teoría, lo consagrado en la norma, en el conocimiento, y la efectiva aplicación de la misma.

El problema central, lo cual hace de interés la temática propuesta, radica en la falta de legislación al respecto en Argentina y su actualidad a los fines jurídicos por cuanto estamos ante una problemática derivada del uso de las biotecnologías. A continuación, expondremos la mirada actual de la doctrina sobre el uso de las TRHA en general, y en particular, la manipulación genética con y sin fines terapéuticos.

Notrica (2020) refiere a que el avance de la ciencia y la biotecnología ha implicado un cambio sustancial en las sociedades y la constitución de las familias. Hay una estrecha relación entre Bioética y Derecho que no puede ser ignorada y desconocida. En el mismo sentido, Casado (2015) afirma que la Bioética y el Derecho van de la mano por cuanto su implicancia es de carácter intrínseco, sus aportes recíprocos son fundamentales para dilucidar los problemas suscitados por la biotecnología, por cuanto, según la autora, ambas disciplinas comparten el mismo fin, esto es, la promoción y el respeto de los derechos humanos. (Casado, 2015, pág 295)

Ferrero Linacero por su parte, refiere a la manipulación genética como un crecimiento científico de inigualable valor, no obstante, la autora se pregunta si la mencionada práctica podría implicar la vulneración o limitación de ciertos derechos fundamentales. (Ferrero Linacero, 2019, pág 15) Es precisamente aquí donde entendemos se encuentra el quid de la cuestión.

\ 470

La ingeniería genética, explica Pareja (2001) es un conjunto de técnicas que permiten conocer y manipular molecularmente, según diseños preestablecidos, el material hereditario, es decir, el ADN. Se llama Terapia Génica al procedimiento que tiene por fin corregir una enfermedad interviniendo sobre el ADN. El autor hace referencia a la ingeniería genética utilizada en personas humanas por cuanto esta última ha creado numerosas expectativas en cuanto a la posibilidad de curar enfermedades ya sea corrigiendo el o los genes responsables o incluso añadir nuevos genes terapéuticos. El jurista señala que existen numerosos problemas técnicos y éticos a tener en cuenta, a los que podríamos agregar jurídicos.

Morales Camacho (2020) explica en que consiste el procedimiento de manipulación genética con fines terapéuticos para terceros o DGP extensivo el cual se utiliza cuando una pareja tiene uno o más hijos afectados por una enfermedad hereditaria o por una patología adquirida, cuya cura o mejora depende de tratamientos médicos como trasplantes de células madre del cordón umbilical, médula ósea

u otro órgano o tejido. Advierte la autora que si bien la aceptación de dicho procedimiento se ha dado paulatinamente en algunas legislaciones, esto debe ser tomado con moderación por cuanto la doctrina médica ha indicado que la conveniencia o no de someterse a dicho procedimiento dependerá de la enfermedad que padezca el hermano que será receptor. Esto teniendo en cuenta que no solo se juega con factores relacionados con el DGP sino con el mismo avance de la enfermedad y la probabilidad de vida de quien está enfermo ya que estas pueden ser inferiores al término necesario para desarrollar tanto la técnica de selección como el tiempo de gestación hasta poder obtener el trasplante. (Morales Camacho, 2020, pág. 27)

Resultados y Conclusiones

En el supuesto de daños a los derechos del bebé salvador, se torna difícil efectuar un catálogo de todos los posibles daños que se pueden producir al mismo, por cuanto, las nuevas tecnologías plantean un sinnúmero de situaciones complejas y diversas, además del continuo progreso científico, de la biomedicina y la bioética que sin dudas generan nuevas posibilidades de riesgos. No obstante, podemos aseverar que el daño puede derivarse de la discapacidad, anomalías o deficiencias que experimente el nascituras a resultas de la manipulación por éstas técnicas, como así también, de las incontables intervenciones que pueda padecer luego de nacido.

471 /

Diversos autores se han expresado respecto de la responsabilidad que incumbe a los profesionales de la salud en materia de Procreación asistida, no hay dudas que los médicos, equipos médicos e incluso los establecimientos asistenciales donde se llevan adelante las TRHA tienen el deber de responder (artículo 1725 CCC) sin embargo, no es motivo de análisis de este trabajo la responsabilidad que les compete a los profesionales y las clínicas, sino a los progenitores. De cualquier manera, vale aclarar que, en materia daños, aquellos responden solidariamente conforme el artículo 1751 CCC.

Legitimados activos: Es el hijo nacido para salvar, como víctima directa, que se ha visto afectado por ser “fabricado” para curar.

Legitimados pasivos: son los progenitores, independientemente de que los médicos y la clínica interviniente también son pasibles de responder solidariamente, entendemos que la decisión de traer a esa persona al mundo ha sido exclusiva de los progenitores quienes en busca de ese objetivo han contratado un acto médico (técnica procreativa).

Entendemos que este supuesto es sumamente complejo por cuanto podría implicar una doble responsabilidad por parte de los progenitores, por un lado, respecto del hijo nacido con la anomalía o enfermedad genética o hereditaria, y por el otro en cuanto al hijo “diseñado” para curar al hermano enfermo, en éste último caso, con fundamento en las consecuencias que podría acarrear para la integridad física y psíquica de éste último, en definitiva para su salud, las intervenciones que le sean realizadas, como así también respecto de su autonomía, su dignidad y su derecho a elegir.

Advierte Ferrer que la ausencia de un marco legal de referencia concreta para todos los supuestos de estas técnicas procreativas genera inseguridad, con lo cual, todas las situaciones son de incierta solución. Es por esto que se precisa sancionar una disciplina legal y la imposición de sanciones en caso de eventuales violaciones, hasta entonces, la sanción civil de responsabilidad será aplicable según las reglas generales, conforme a las circunstancias particulares del caso y al criterio del juez. Mientras que, según el mencionado autor, la materia penal requiere específicas incriminaciones. (Ferrer, 2019, pág. 448)

En cuanto al factor de atribución, Rodríguez afirma que en el caso de responsabilidad de los progenitores frente al propio hijo será subjetivo, y que aun cuando generalmente será la culpa, conforme artículo 1724 CCyC, en cuanto a la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. También podrían darse supuestos en los que deban responder por dolo eventual, por haber actuado con “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, es decir, los intereses del nasciturus y su derecho a la salud. (Rodriguez, 2018, pág. 194/195).

Por su parte, Ferrer asevera que el factor de atribución es objetivo fundamentándose en el riesgo creado. (Ferrer, 2019, pág. 429)

En cuanto a los daños resarcibles, Rodríguez afirma que dependiendo del caso particular y del material probatorio que presente el hijo lesionado, éstos podrían ser tanto patrimoniales como extra patrimoniales.

En suma, si los daños acreditados tienen como causa adecuada la conducta antijurídica de los progenitores, quienes, no obstante tener conocimiento cierto del riesgo de afectación a derechos del nasciturus siguieron adelante con las técnicas procreativas, se configuraría el presupuesto de la relación de causalidad como requisito necesario de la responsabilidad civil. (Art. 1726 CCyC)

Marco Teórico

Dado el acotado desarrollo de la doctrina y jurisprudencia respecto de la temática propuesta, nos parece importante mencionar ciertos autores que se han pronunciado al respecto, como así también, la legislación existente a la fecha.

Diversos autores se han manifestado al respecto encontrado juristas a favor y en contra del uso de la manipulación genética para salvar o curar a otra persona.

Por la posición negativa los juristas sostienen que la creación *ex novo* de un donante para un hermano enfermo supone una vulneración del principio de autonomía. Esto, por cuanto, el bebé salvador verá comprometida su autonomía y capacidad de decidir al tener conocimiento de que su material genético fue predeterminado por terceros y que su existencia responde a un proyecto parental con una finalidad determinada de curar a un tercero. (Pinto Palacios, 2015, pág 232) En la misma línea, De Lora (2015) remarca una cuestión muy importante en cuanto a la creación de un ser humano para salvar a otro, refiriéndose a lo que él denomina la pendiente resbaladiza, destacando que la

creación de bebés salvadores no se limitará al resultado de tratar patologías al inicio de la vida sino que por el contrario, esa instrumentalización de la procreación salvadora no tendrá fin, significando incesantes intervenciones corporales para la curación del hermano.

Ferrero Linacero (2019) apunta respecto a la controversia que genera en cuanto a los derechos contrapuestos, así, por un lado, menciona la libertad de los progenitores y su derecho a elegir, por otro, se encuentra el derecho de los futuros hijos a tener una vida digna, lo que supone su libertad para elegir libremente el plan de vida que quieren desarrollar. La autora marca su postura contraria a la posibilidad de “Los bebés a la carta” tal como la misma lo denomina, por cuanto considera que en estas situaciones los derechos humanos individuales y colectivos se ven alterados, lesionados y vulnerados. La autora, además, pone en tela de juicio, la responsabilidad parental de aquellos progenitores que deciden la modificación genética de su futuro hijo.

\ 474

Pareja por su parte, entiende más prudente y humanizante la idea de que la autonomía de los progenitores no se puede prolongar en el sentido de realizar manipulaciones genéticas o reproductivas a voluntad con el propósito de configurar la dotación genética de sus hijos, es decir, modificación genética no terapéutica y clonación. Sin embargo, el autor entiende como aceptable la manipulación genética destinada a curar o incluso prevenir una enfermedad, siempre teniendo en cuenta la no afectación de otras vidas humanas. (Pareja, 2001, pág. 14)

Morales Camacho (2020) explica que el bebé medicamento tiene por finalidad la protección del derecho a la salud de un tercero. Es aquí donde adquiere significado el uso del DGP y encuentra su justificación por cuanto servirá para tal fin. Si bien el autor no se esgrime por una posición afirmativa, deja en claro que el derecho a la salud de un hijo enfermo podría justificar el uso del mencionado procedimiento.

Nos parece de suma importancia mencionar el primer caso autorizado por la justicia argentina de lo que se denomina fecundación

con fines terapéuticos para terceros. En el fallo “... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo”. Expediente N° 11.578. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29 de diciembre de 2008, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata resolvió condenar a una mutual y una obra social solidariamente a cubrir en un 100% los tratamientos tecnológicos, para que al matrimonio promotor del amparo se le “fabrique” un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano nacido enfermo. Es decir, la Justicia autorizó a crear a través de las TRHA la selección de un embrión no portador de la enfermedad, e histoidéntico al hijo nacido, para intentar su cura vía trasplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro. La autora Marrama (2009) hace una fuerte crítica al mencionado fallo tomando como base los derechos que se encuentran en pugna, por un lado, el derecho de los progenitores a tener un hijo, y, por otro lado, el derecho de los hijos al respeto de su autonomía y a no ser tratados como cosas.

La autora mantiene una posición contraria a lo resuelto en la mencionada jurisprudencia y hace suyas las palabras de una periodista que reflexiona sobre la autorización en la legislación española de la fecundación con fines terapéuticos para terceros, afirmando que lo que se trae al mundo es un medicamento más no un hijo. Es decir, un niño medicamento destinado por la decisión de sus progenitores a ser una cosa cuya finalidad es curar o aliviar la enfermedad de su hermano. (Marrama, 2009, pág. 8)

La doctrina ha dado relevancia a lo establecido por diferentes países en su ordenamiento interno por lo cual creemos que es fundamental hacer mención a cada uno de ellos. En el Derecho comparado, la Legislación Francesa, admite excepcionalmente, bajo condiciones restrictivas y extremadamente encuadradas, la posibilidad de una selección de embriones en razón de su salud genética o de la curación de un hermano ya nacido. Pero prohíbe toda práctica eugenésica tendiente a organizar sistemáticamente la selección de personas, estableciendo en estos casos, grandes multas y penas de

inhabilitación profesional y prisión para el caso de violación de sus normas. Es decir, la ley Francesa, ley 8000 del año 2004, admite la práctica del diagnóstico preimplantatorio, entre otros casos, cuando la pareja tiene un hijo afectado de una enfermedad incurable que lo condena a muy pocas posibilidades de vida, en éste supuesto la ley autoriza a los progenitores a concebir in vitro y acudir al DGP para seleccionar un embrión indemne de esta enfermedad y transferirlo al útero materno. Al nacimiento de este hijo, ‘el bebé de la doble esperanza’, tal como lo denomina la doctrina francesa, son extraídas del cordón umbilical células madres para trasplantarlas y curar al hijo enfermo ya nacido.

En sentido similar, la Ley Italiana permite el diagnóstico y la intervención en el embrión con finalidad terapéutica y dirigida a la tutela de la salud y desarrollo del embrión, pero prohíbe toda forma de selección con finalidad eugenésica de embriones y gametos, y toda manipulación para alterar el patrimonio genético del embrión o pre-determinar sus características genéticas, conforme artículo 13, 2do y 3er párrafos de la Ley 40 del año 2004.

La legislación comparada, teniendo en cuenta lo estipulado por El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina del 4 de abril de 1997, establece en su artículo 13, que sólo podrá efectuarse una intervención en el genoma humano por razones preventivas diagnósticas o terapéuticas, y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma humano de la descendencia. El artículo 14 agrega lo siguiente: “No selección de sexo: no se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada a sexo”.

Existe un antecedente en Estados Unidos, en el cual una pareja tenía una hija de seis años afectada por una enfermedad genética muy rara y letal (anemia de Fanconi) por lo cual la niña requería un

trasplante de células sanas de un donante genéticamente compatible. Es por esto que los progenitores recurrieron a la fecundación in vitro, crearon quince embriones y los testearon para asegurarse de que, además de contener células iguales a la de la hermana enferma, fuesen inmunes al gen Fanconi. Se seleccionó un embrión sano, lo implantaron y nació normalmente, por consiguiente, pudieron extraer las células para el trasplante a la hermana afectada. (Ferrer, 2019, pág. 427).

En Argentina no está contemplado este supuesto, no obstante, en el proyecto de ley referido a la protección de embriones no implantados (Expediente 1541-D-2019), en su TÍTULO V denominado Embriones histocompatibles, establece en su artículo 25: “Selección. Se encuentra prohibida la selección de embriones histocompatibles, a menos que fuere necesario determinar la compatibilidad para la donación de células de cordón umbilical, de médula ósea o de otros tejidos, exceptuándose órganos. Solo puede autorizarse entre parientes hasta segundo grado de consanguinidad y cuando no exista disponibilidad de otras fuentes de tejidos de trasplante. En cada caso, el centro de salud interviniente debe requerir autorización a la Autoridad de Aplicación debiéndose evaluar las características clínicas, terapéuticas, éticas y psicosociales de cada situación particular.

Resulta destacable que el proyecto de ley además establece que debe tenerse en cuenta la situación de la persona que necesita la mencionada técnica y las posibles consecuencias para el nasciturus que nacerá mediante ese procedimiento.

Lima et al. (2022) señalan que la ausencia de regulaciones en nuestro país respecto a la práctica clínica con embriones criopreservados junto, además, a la limitación explícita del artículo 57 del Código Civil y Comercial que determina la prohibición de producir una alteración genética en el embrión pone en jaque los límites de lo que podrían ser más adelante las intervenciones terapéuticas. Afirman los autores que esa mirada precautoria, el silencio legislativo y aún la prohibición se sostienen en ideales de salud. No obstante, aclarar

respecto al artículo 57 del CCyCN, siguiendo a Lamm, que lo estipulado en el mencionado refiere a una formulación que tiene por fin no quedar obsoleta frente al avance tecnocientífico, pero de ninguna manera se refiere a la prohibición de los diagnósticos genéticos preimplantatorios, en los que se aplican técnicas que no afectarían al cigoto y tampoco impide la selección de embriones con fines terapéuticos. Por ende, para determinar si una técnica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 57, hay que distinguir la finalidad perseguida: si es terapéutica, entonces estaría permitida. (Lamm, 2017).

En suma, hacemos nuestras las palabras esgrimidas por Ferrer en cuanto a que “el derecho a la procreación no es absoluto, está limitado por los derechos del niño que se quiere tener, y desde una perspectiva jurídica y ética cabe exigir que la procreación sea un acto responsable en atención al derecho a la salud y a la integridad psicofísica del hijo por nacer”. (Ferrer, 2019, pág. 423).

\ 478

Bibliografía

- De Lora, P. (2015). ¿Es permisible tener un hijo para curar a otro?. *Boletín Ministerio Justicia*, 2179, 39-64.
- Ferrer, F. (2019). Daños en las relaciones familiares. Buenos Aires: Rubinzal, Culzoni
- Ferrero Linacero, M. (2019). Derechos humanos y manipulación genética= Human rights and genetic manipulation.
- Lima, N. S., Rodríguez Iturburu, M. I., & Ramos Martínez, G. A. (2022). Repensando la autonomía, el riesgo y la responsabilidad en la aplicación de terapias de ingeniería genética en el contexto latinoamericano.

- Marrama, S. (2009). “La instrumentalización de los niños”: nota a fallo “... y otra c/IOMA y otra s/Amparo”. Expediente N° 11.578. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29 de diciembre de 2008.
- Morales Camacho, L. M. (2020). Análisis genético preimplantacional: el ordenamiento jurídico colombiano ante los avances de la medicina reproductiva. *Apuntes de derecho comparado*.
- Notrica, F. (2020). Técnicas de reproducción humana asistida y daños. En Quadri, G. *Tratado de responsabilidad por daños en materia de familia, tomo II/ Ursula Basset... [et al.]*. La Ley.
- Pareja, E. I. (2001). Ingeniería genética y procreación. *Sal terrae: Revista de teología pastoral*, 89(1047), 571-592.
- Pinto Palacios, F. (2015). Nacidos para salvar: un análisis ético-jurídico del “bebé medicamento”.
- Pinto Palacios, F., & Marcos del Cano, A. M. (2016). Bebé medicamento, protección de la salud y sistema sanitario público: una reflexión desde el principio de justicia . *UNIVERSITAS. Revista De Filosofía, Derecho Y Política*, (24), 243-265
- Poder Legislativo. (2019). Proyecto de Ley 1541 D 2019 Protección de embriones no implantados. Buenos Aires: Cámara de Senadores.
- Pombo, E. L. Responsabilidad civil por manipulación genética. *Revista del Notariado*, 854.
- Rodriguez, J. (2018). Daños y perjuicios en el derecho de familia. Nova Tesis.

Arbitrariedad judicial por
omisión impropia “Examen
crítico de la jurisprudencia en
materia cautelar amparística
contra actos de la administración
pública en la Provincia del
Chaco. Años 2013/2023”

I Zahra, Leandro Nabil I

Arbitrariedad judicial por omisión impropia

“Examen crítico de la jurisprudencia en materia cautelar amparística contra actos de la administración pública en la Provincia del Chaco.

Años 2013/2023”

“...la jurisdicción en particular es siempre un poder-saber: es tanto más legítima cuanto mayor es el saber y menor es el poder”
(Ferrajoli, 2011, 313)

481 /

Introducción

En la legislación de la provincia del Chaco, la necesidad de enervar la presunción de legitimidad del acto administrativo como recaudo para suspender sus efectos, tiene positivización en el art. 29 de ley N 135-A – Código Contencioso Administrativo (CCA), que trata las causas de suspensión de la medida administrativa.

Por su parte, el régimen jurídico procesal del amparo provincial, consagrado en la ley N 877-B, habilita la postulación de pretensiones cautelares según lo previsto en el Código Procesal, Civil y Comercial local (art. 8º - 877-B y Art. 247 CPCC). Sin embargo, la ley de amparo del Chaco no contempla los recaudos específicos de admisibilidad y procedencia de la suspensión de los efectos de actos estatales (leyes, reglamentos, actos generales no normativos, actos administrativos).

En este contexto, si la medida suspensiva se plantea como accesoria una pretensión contencioso administrativa ordinaria, resultarán de

aplicación los requisitos determinados en el art. 29 del CCA. Tenemos aquí un primer sistema regulatorio de exigencias sustanciales para su procedencia.

El problema se presenta, en cambio, cuando la solicitud de protección cautelar suspensiva de los efectos de un acto administrativo accede a una pretensión de amparo, en la medida que la diferente caracterización jurisprudencial de este tipo de cautelar, lleva a la aplicación *directa* de los requisitos sustanciales determinados en el CPCC, con la consecuente implementación de un segundo sistema regulatorio de exigencias sustanciales para su procedencia.

La situación descripta se dispersa aún más, cuando a las exigencias formales se le adunan criterios de apreciación diferentes en cuanto a la verificación de los recaudos para su admisión, dando lugar a un tercer sistema, el jurisprudencial.

Así las cosas, dependiendo el fuero o la instancia que deba resolver la cuestión, podemos encontrar recaudos y criterios de procedencia diferentes, para gobernar una misma situación -*la suspensión judicial de los efectos del producto de la función administrativa*-, de lo que resulta la afectación directa a la seguridad jurídica, la igualdad y la tutela judicial efectiva.

En este escenario se asienta la necesidad de categorizar este tipo de arbitrariedad de sentencia como por omisión impropia, siendo que, no solo asistimos a la inaplicación de la norma que regula el caso, sino a la existencia de una multiplicidad de juicios de ponderación que derivan en la afectación del principio y las garantías señalados.

En este orden, nuestro objeto de estudio tiene por objetivo determinar la existencia de arbitrariedad por omisión impropia en la jurisprudencia en materia cautelar amparística contra actos de la administración pública en la provincia del Chaco.

Para ello, resulta ineludible:

A. Recopilar y clasificar los antecedentes jurisprudenciales de los últimos diez años en materia cautelar suspensiva de actos de la administración pública en la provincia del Chaco.

B. Considerar como criterios iniciales de clasificación, los recaudos sustanciales de procedencia y los criterios de apreciación en cuanto a la verificación de los mismos.

C. Identificar y clasificar las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chaqueño, delimitado las diferencias entre el sistema cautelar civil y el que se aplica en asuntos regidos, predominantemente, por normas de derecho público.

D. Describir las características de la omisión impropia, y sus posibilidades de aplicación en el campo del derecho administrativo como soporte válido de justificación para la arbitrariedad de sentencia.

E. Anticipando una respuesta provisional a los problemas que hemos planteado consideramos que, la jurisprudencia en materia cautelar amparística contra actos de la administración pública en la provincia del Chaco, adopta decisiones arbitrarias por omisión impropia que lesionan la seguridad jurídica, la igualdad y la tutela judicial efectiva.

483 /

Estado Del Conocimiento

A nivel provincial, la cuestión relativa al régimen jurídico aplicable para obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo no ha tenido un abordaje profundo.

A nivel nacional, con anterioridad a la sanción de la Ley Nro. 26.854 -regulatoria las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional-, se presentó un amplio debate doctrinario a este respecto.

Encontrábamos sectores que sostenían que si la medida cautelar tiene por objeto la suspensión de los efectos de un acto administrativo los extremos exigibles son, en punto a su procedencia sustancial,

los contenidos en art. 12 de la ley 19.549 (LNPA), a saber: a) cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta; b) razones de interés público y; c) que se dicte para evitar perjuicios graves al interesado, siendo de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil y Comercial Nacional en lo que refiere a su régimen procesal (Halperín, 1989, 131).

Es decir que, para esta postura, el trámite de las cautelares suspensivas de los efectos de actos administrativos debía regirse por las disposiciones establecidas en los códigos de procedimiento civil y comercial, pero debiéndose encontrar reunidos los requisitos de fondo determinados en la norma especial.

En igual sentido, Hutchinson señaló que para valorar la admisibilidad de las peticiones precautorias que requieren la suspensión de los efectos de los actos administrativos, los jueces deben aplicar los requisitos del artículo 12 de la LNPA, que regula la suspensión del acto administrativo en sede administrativa (Hutchinson, 1987)

\ 484

Entre los que se oponen aparecen Mairal, Tawil y García Pullés, quienes sostienen la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial Nacional, entendiendo principalmente que el artículo 12 de la LNPA se dirige a la propia Administración, que en definitiva es la emisora del acto y se pretende sea la que lo suspenda, y no a los magistrados (Mairal 1984, 799; Tawil 1998, 1363 y García Pullés, 2004, 829).

Comadira, en una postura intermedia, sostiene que, si el pedido de protección cautelar se realiza ante la denegatoria expresa o el silencio administrativo, operados en el trámite de un recurso o reclamo entablados en el marco del agotamiento de la vía, corresponderá aplicar las previsiones del artículo 12 de la LNPA, toda vez que se trataría del ejercicio jurisdiccional sobre una cláusula prevista para la Administración cuando la petición ha sido denegada o respondida con el silencio por parte de ésta. Por el contrario, si la pretensión cautelar es introducida luego de agotada la vía administrativa sin haberse planteado en dicha sede, correspondería la aplicación de las previsiones

del artículo 230 del CPCCN, toda vez que en este caso el magistrado se encontraría frente a un accionar o a una inactividad resultante de una vía administrativa agotada (Comadira, 2018, 489).

Ahora bien, todo este debate doctrinal se daba ante la falta de un código procesal nacional que regule la materia y establezca reglas claras respecto de las condiciones sustanciales que deben reunirse para la procedencia de una medida que tenga por objeto suspender los efectos de un acto administrativo.

De suyo, estando vigente en la provincia del Chaco el CCA -Ley Nro. 135-A que tipifica las condiciones para la procedencia de la suspensión de los efectos del producto de la función administrativa, entendemos que no existe impedimento normativo o hermenéutico alguno que lleve a sentenciar con prescindencia de sus postulados¹.

A mayor abundamiento, es dable destacar que la postura doctrinal contraria a la aplicación sustancial de los presupuestos establecidos en el artículo 12 de la LNPA, a los fines de verificar la viabilidad de dar curso favorable a una cautelar suspensiva de los efectos de un acto administrativo, se centra en el carácter procedural de la norma, entendiendo que, al estar dirigida a la Administración, no puede serle opuesta a los magistrados. Situación que no se verifica en el supuesto planteado, en tanto el CCA provincial no solo está diri-

485 /

1. .- La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de única instancia de la ciudad de Resistencia, en un fallo reciente, dijo que “...resulta menester pronunciarse respecto de la viabilidad de la medida propuesta en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo Provincial, teniendo en cuenta las especificidades que reviste el Proceso Contencioso Administrativo que regula la actuación de este fuero...” Sala Segunda Cámara en lo Contencioso Administrativo de única instancia de la ciudad de Resistencia *in re “D. S/Medida Cautelar”* Expte N 11034/19 resolución de fecha 06/12/2019. El caso trataba la procedencia de una medida cautelar promovida contra el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la provincia, en cuyo mérito se buscaba suspender los efectos de una serie de Disposiciones Administrativas.

gido a los magistrados, sino que además es regulador de pautas claras que deben reunirse en forma concomitante para dar curso favorable a medidas que tengan por objeto suspender los efectos del acto.

Es que, si la medida suspensiva tiene por objeto privar interinamente al acto administrativo de ejecutoriedad, carácter que deriva de su presunción de legitimidad, esta última no puede ser ajena al análisis de procedencia de aquella.

Sentado lo anterior, si la necesidad de enervar la presunción de legitimidad del acto, o en palabras del Superior Tribunal de Justicia provincial “sortear la presunción de validez del accionar estatal”², tiene positivización directa en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 29 del CCA³, su consideración resulta, a nuestro entender, ineludible como recaudo sustancial, con independencia del tipo de acción a la que acceda la medida.

\ 486

Marco teórico

El examen de los pronunciamientos jurisprudenciales que han motivado la formulación del problema que hemos planteado, muestran que la jurisdicción local adscribe –bien que sin formularlo de manera explícita- al principalismo.

2. .- Dijo el Cimero provincial que “*Es evidente pues, que aún cuando el peligro en la demora no deja de ser, en principio, un presupuesto de la tutela cautelar administrativa, la verosimilitud del derecho de quien la requiere exige, como ha dicho la Corte, una severa apreciación de las circunstancias del caso y una actuación de suma prudencia, pues ella debe sortear la presunción de validez del accionar estatal y el interés público comprometido en ese accionar*” Superior Tribunal de Justicia del Chaco, Expte. 4.925/12-SCA sentencia del 07/02/2014, caratulado: “*A. S/ MEDIDA CAUTELAR*”

3. .- Ello en la medida que precisamente regula la necesidad de acreditar *prima facie*, esto es en grado de verosimilitud, que el acto administrativo impugnado adolece de algún vicio que lo afecta de nulidad absoluta.

Definimos principialismo como un entendimiento de los textos en tanto valores o principios morales —por tanto, dotados de una normatividad débil— cuya aplicación práctica requiere de la ponderación antes que de la subsunción. (Ferrajoli, 2011, 15)

Una de las consecuencias de esta perspectiva, para la cual “...el Derecho no puede ser entendido exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica social” [Atienza, 2008(a), 221; 2008(b), 213], es que al menos parte de las normas —incluidas las constitucionales— pierden su carácter de reglas, para convertirse en principios. Y como no son más reglas, deviene imposible hacer juicios sobre acatamiento o inobservancia, en su caso, únicamente será previsible un mayor o menor grado de respeto derivado de la concreta ponderación que se efectúe.

De esa forma, prescindiendo del contenido positivizado en concreto (art. 29 Ley N° 135A, en función del art. 19 C.N.), como sustento para enervar la presunción de legitimidad del acto administrativo cuyos efectos se pretenda suspender, pasamos de la relativa simpleza de tener que acudir al texto legal como vara de legalidad/ilegalidad de una acción u omisión; a la multiplicación de juicios de ponderación que asegurando responder a la misma inquietud suspensión cautelar de un acto que se presume legítimo- en realidad esconde mayores o menores dosis de decisionismo (Schmitt, 1983, 1996 y 2009) modulable según cada caso, cada tiempo, cada circunstancia y cada juez con competencia para decidir.

Señala Liborio Hierro, que “...si alguien dicta, crea o enuncia una norma sin pretender su cumplimiento, simplemente juega con el lenguaje normativo” (Hierro, 2003, 15).

Son éstas las consecuencias de admitir el principialismo, y es por ello que en la provincia del Chaco, dependiendo el fuero o la instancia que deba resolver la cuestión, podemos encontrar presupuestos y criterios jurisprudenciales de apreciación diferentes, para gobernar una misma situación, la suspensión judicial de los efectos del producto de la función administrativa, situación de la que se deriva la afectación de la seguridad jurídica, la igualdad y la tutela judicial efectiva.

Metodología

A los fines de la realización del trabajo, se procederá a la recopilación de un corpus jurisprudencial, que abarcará el conjunto de resoluciones cautelares –accesorias a acciones de amparo en la que se ponían en cuestión actos administrativos- dictadas entre los años 2013 y 2023, por los juzgados de las primera y quinta circunscripciones judiciales, por las Cámaras Civiles y Comerciales y en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Resistencia y por el Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

Las razones que han llevado a la realización de este recorte de muestra por circunscripciones y tribunales, estriban en las posibilidades reales de acceso a los pronunciamientos dictados.

En cuanto al lapso temporal elegido, entendemos que una muestra suficientemente significativa disminuye la posibilidad de que se presenten coyunturas específicas que afecten el resultado de la pesquisa.

Una vez formado ese corpus, la demostración de la hipótesis señalada requiere realizar una aproximación cualitativa – descriptiva del problema seleccionado.

Se abordará la conceptualización y caracterización tanto de la omisión impropia, como de las medidas cautelares aplicables al régimen de suspensión de los efectos de actos administrativos en la provincia del Chaco.

Esto permitirá, por un lado, verificar la posibilidad de aplicación de la omisión impropia en el ámbito del derecho administrativo como un soporte válido de justificación de la arbitrariedad de sentencia, lo que constituiría una nueva categoría de arbitrariedad; y por otro, identificar los espacios dogmáticos comunes y las diferencias existentes entre las cautelares del proceso civil y las que se emplean en los juicios en que es parte un órgano o ente en ejercicio de funciones públicas.

Bibliografía

Autores

ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas”, San Sebastián, 1998.

ATIENZA, M. 2008 “Constitucionalismo, Globalización y Derecho” en AA.VV. *La Globalización en el Siglo XXI; Retos y Dilemas*, Vitoria-Gasteiz, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras.

ATIENZA, M. “Tesis sobre Ferrajoli” en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, Núm. 31, 2008

BALBIN Carlos F. Tratado de Derecho Administrativo Ed. La Ley T. I. y III

BOBBIO Norberto, “IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO” Ed. Trotta, traducciones de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alonso Luis Miguel

CANDA Fabián O., “La suspensión de efectos del acto administrativo en sede administrativa y judicial”, en AA.VV. Acto Administrativo, Tawil, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.

CASSAGNE Juan C., “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL, 2001B, 1090).

CHINCHILLA MARIN Carmen “La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa”, Ed. Civitas 1991.-

COMADIRA Julio Rodolfo –coordinador-; ESCOLA, Héctor Jorge –colaborador-; COMADIRA, Julio Pablo –actualizador- 2018 Curso de derecho administrativo (Buenos Aires, AbeledoPerrot) T. I y II.

FENOCHIETTO, C. E.- ARAZI, R., “CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, COMENTADO Y CONCORDADO”, T. I.

FERRAJOLI, L. “Derecho y Democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Núm 28, año 2005.

_____. “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Núm 34, año 2011.

_____. “El constitucionalismo garantista: entre paleo-ius-positivismo y neouisnaturalismo” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Núm 34, año 2011.

_____. “El constitucionalismo entre principios y reglas” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Núm 35, año 2012.

FERRAJOLI Luigi y RUIZ MANERO Juan
“Un Diálogo Sobre Principios Constitucionales” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011) ISSN: 0214-8676.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R., Tratado de lo contencioso Administrativo, t. II Buenos Aires: Hammurabi, 2004

GORDILLO, Agustín A. “Tratado de Derecho Administrativo” T. 3

HALPERIN, David A., “El tribunal Fiscal y la prohibición de innovar” Revista de Derecho Administrativo, nro. 1 mayo-agosto 1989

HIERRO L. L., ¿Por qué ser positivista?, en *Doxa*, núm. 25, 2002

- HIERRO, L. L. 2003 *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel.
- HUTCHINSON Tomás, “*La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional.*” ED, 124-679
- MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, DEPALMA, 1984 PADRÓS, Ramiro Simón “La tutela cautelar en la jurisd. contencioso administrativa” Ed Lexis Nexis. 2005.
- PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, T. VIII
- REY VÁZQUEZ Luis E. “*La acción de amparo Proceso apto para sujetos excepcionales y que, como vía instrumental, no altera el contenido de la relación jurídica sustancial*” en La Ley AÑO LXXXVI Nº 234 TOMO LA LEY 2022-F ISSN: 0024-1636 - RNPI: 5074180 14 de noviembre de 2022.
- SAMMARTINO Patricio E. “Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho”, T. I y II.
- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. “**MEDIDAS CAUTELARES EN LOS CASOS EN LOS QUE ES PARTE EL ESTADO: IDEAS RECTORAS Y CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA LEGAL VIGENTE**”.
- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. en “Medidas Cautelares frente a autoridades públicas”
- SCHMITT, C. 1983 *La Defensa de la Constitución: Estudio Acerca de las Diversas Especies y Posibilidades de Salvaguardia de la Constitución*, Madrid, Tecnos.
- SCHMITT, C. 1996 *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*, Madrid, Tecnos.
- SCHMITT, C. 2009 *Teología Política*, Madrid, Trotta.
- TAWIL, Guido S., “*A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores*”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998

Sentencias

Superior Tribunal de Justicia. Sentencia: 483/14 Expte. N4.925/12-SCA.

Sentencia 255 del Superior Tribunal de Justicia, Expte. N 4633/16-SCA.

Sentencia 522 Expte. 9538/18 Sala Segunda.

Sentencia 1328, Expte. 10229/18, Sala Primera CCA de Resistencia.

Sentencia 204, Expte. 14289/19-1-C, Sala Primera de la CACC de Resistencia.

Sentencia 129, Expte. 14431/15 Sala Primera de la CACC de Resistencia.

Sentencia 406, Expte. N 7808/16 Sala Primera CCA de Resistencia.

Sentencia 314, Expte. N 9873/18-1-C, Sala Cuarta de la CACC de Resistencia.

Sentencia 252, Expte. N° 8628/18-1-C Sala Cuarta de la CACC de Resistencia. - STJ Chaco Sentencia 119 del Expte. N136/15-SCA.

Resolución 543 Expte. N 5763/19-1-C Sala Cuarta de la CACC de Resistencia.

Superior Tribunal de Justicia Chaco, Sentencia 483/14 Expte. N4.925/12-SCA.

\ 492

**Pensamiento contemporáneo
y derecho**

se terminó de diagramar, en el mes de
noviembre de 2024.



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DEL NORDESTE